



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



ارسلنا  
عليكم يا صابغ  
الرماد

www. **Ghaemiyeh** .com  
www. **Ghaemiyeh** .org  
www. **Ghaemiyeh** .net  
www. **Ghaemiyeh** .ir

كتاب التفسير

المجلد الأول

تفسير القرآن الكريم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# كتاب البيع

كاتب:

آيت الله على حسينى ميلانى

نشرت فى الطباعة:

مركز الحقايق الاسلاميه

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريريات الكمبيوترية

# الفهرس

|    |  |
|----|--|
| ٥  | الفهرس   |
| ١١ | كتاب البيع المجلد ١                                      |
| ١١ | اشاره  |
| ١٢ | اشاره  |
| ١٦ | مقدمه الكتاب   |
| ٣٨ | البيع: معامله إنشائيه بين اثنين بنحو المعاوضه فى الملكيه |
| ٣٨ | اشاره  |
| ٤٠ | إشكال المحقق الخراسانى:                                  |
| ٤٠ | الردّ على الإشكال:                                       |
| ٤٠ | تحقيق المحقق الإصفهانى فى معنى هيئه المفاعله:            |
| ٤٥ | فى هيئه التفاعل  |
| ٤٨ | إشكال آخر على المحقق الخراسانى:                          |
| ٤٩ | رأى المحقق النائينى فى متعلّق المبادله:                  |
| ٥٠ | الإشكال عليه   |
| ٥٣ | الكلام فى المعوّض  |
| ٥٣ | اشاره  |
| ٥٣ | إشكالاً وجواب  |
| ٦٢ | من أخبار استعمال البيع فى نقل غير الأعيان:               |
| ٦٦ | الكلام فى العوض  |
| ٦٦ | اشاره  |
| ٦٦ | المنفعه:   |
| ٦٨ | عمل الحر   |
| ٦٨ | وجوه الإشكال   |
| ٧٠ | الجواب:  |

- ٧٤ ..... الكلام في الحقوق
- ٧٤ ..... اشاره
- ٧٥ ..... دفع الاشكال عن كلام الشيخ
- ٧٦ ..... الإشكالات الواردة:
- ٧٧ ..... حقيقه الحق والفرق بينه وبين الحكم والملك
- ٧٧ ..... اشاره
- ٧٧ ..... الحكم
- ٧٨ ..... الحق
- ٨١ ..... هل يقبل الإسقاط والنقل؟
- ٨٢ ..... ما هو مقتضى الأصل؟
- ٨٤ ..... أقسام الحق
- ٨٥ ..... الأقوال الاخرى في حقيقه الحق
- ٩١ ..... الملك
- ٩٧ ..... الكلام في تعريف البيع (١)
- ٩٧ ..... اشاره
- ١٠٢ ..... تعريف الشيخ
- ١٠٢ ..... الإشكال عليه
- ١٠٤ ..... ردّ الإشكال بعدم الشمول لبيع الدين على من هو عليه
- ١٠٧ ..... الإشكال بصدقه على الشراء
- ١٠٨ ..... الإشكال بانتقاضه بمستأجر العين بعين
- ١١١ ..... إنتقاض طرده بالصلح
- ١١٣ ..... هل يشمل الهبه المعوّضه؟
- ١١٥ ..... كيفيه إخراج القرض
- ١٢٠ ..... استعمال البيع في معانٍ اخر
- ١٢٠ ..... اشاره
- ١٢١ ..... الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الأول

- الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الثاني ..... ١٣٠
- الكلام على اشكال الشيخ على المعنى الثالث ..... ١٣١
- هل البيع اسمٌ للصحيح؟ ..... ١٣٤
- اشاره ..... ١٣٤
- الإشكال على الشهيدين ..... ١٣٥
- المعاطاه ..... ١٤٨
- اشاره ..... ١٤٨
- تعريف المعاطاه ..... ١٤٨
- أقسام المعاطاه ..... ١٥٠
- حكم البيع المعاطاتي ..... ١٥٦
- اشاره ..... ١٥٦
- رأى المحقق الثاني فى تحرير محلّ النزاع ..... ١٥٧
- رأى صاحب الجواهر ..... ١٦٠
- رأى الشيخ الأنصارى ..... ١٦٢
- رأى المحقق الخراسانى ..... ١٦٣
- التحقيق فى المقام ..... ١٦٤
- هل المعاطاه على القول بالإباحه بيع؟ ..... ١٦٨
- الأقوال فى المعاطاه ..... ١٧٠
- اشاره ..... ١٧٠
- المختار: حصول الملك ..... ١٧١
- الاستدلال بالسيره ..... ١٧١
- اشاره ..... ١٧١
- الاستدلال بقوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» ..... ١٧٦
- الاستدلال بقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً...» ..... ١٨٢
- الاستدلال بحديث السلطنه ..... ١٨٥
- اشاره ..... ١٨٥

- ١٩٦ ..... الاستدلال بقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»
- ١٩٨ ..... أدلّه القول باعتبار الضيغته
- ٢٠١ ..... كلام كاشف الغطاء والبحث حوله
- ٢٠١ ..... اشاره
- ٢٠١ ..... القاعدة الأولى
- ٢٠١ ..... اشاره
- ٢٠٣ ..... النقض الأول
- ٢٠٥ ..... النقض الثاني:
- ٢٠٦ ..... النقض الثالث
- ٢٠٩ ..... النقض الرابع
- ٢١١ ..... النقض الخامس
- ٢١٣ ..... القاعدة الثانية
- ٢١٧ ..... القاعدة الثالثة
- ٢٢٣ ..... القاعدة الثالثة
- ٢٢٥ ..... القاعدة الرابعة
- ٢٣٤ ..... لزوم المعاطاه
- ٢٣٤ ..... اشاره
- ٢٣٥ ..... الاستدلال للزوم بالأصل
- ٢٤٩ ..... الاستدلال بحديث السلطنة
- ٢٥٤ ..... الإستدلال بروايه: لا يحلّ مال امرئ ..
- ٢٥٧ ..... الاستدلال بالآيه «لَا تَأْكُلُوا...»
- ٢٦١ ..... الاستدلال بأدلّه خيار المجلس
- ٢٦١ ..... الاستدلال بالآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»
- ٢٦٩ ..... الاستدلال بالحديث: المؤمنون على شروطهم
- ٢٧٢ ..... في دعوى الإجماع على عدم اللزوم؟
- ٢٧٣ ..... في دعوى التسيره على عدم اللزوم؟



- ٢٧٦ ..... الكلام فى الروايه: إتما يحلل الكلام... ..
- ٢٨٦ ..... تنبيهات المعاطاه .....
- ٢٨٦ ..... اشاره .....
- ٢٨٨ ..... (التنبيه ) الأؤل .....
- ٢٨٨ ..... اشاره .....
- ٢٩٠ ..... هل يعتبر فى المعاطاه شرائط البيع؟ .....
- ٢٩٤ ..... هل يجرى حكم الزبا فى المعاطاه؟ .....
- ٢٩٧ ..... هل تجرى أحكام الخيار فى المعاطاه؟ .....
- ٣٠٠ ..... التنبيه الثانى .....
- ٣٠٠ ..... اشاره .....
- ٣٠١ ..... بماذا يتحقق المعاطاه؟ .....
- ٣٠٦ ..... التنبيه الثالث (فى تميز البائع من المشتري و تميز العوضين) .....
- ٣١٤ ..... التنبيه الرابع (يتصور المعاطاه بحسب قصد المتعاطين على اربعة وجوه و الكلام عليها بالتفضيل) .....
- ٣٤١ ..... التنبيه الخامس: فى حكم جريان المعاطاه فى غير البيع من العقود وعدمه .....
- ٣٤١ ..... اشاره .....
- ٣٤١ ..... فى النكاح؟ .....
- ٣٤٣ ..... فى الزهن؟ .....
- ٣٤٥ ..... فى الهبه؟ .....
- ٣٤٥ ..... فى الإجاره؟ .....
- ٣٤٨ ..... فى الوقف؟ .....
- ٣٤٩ ..... التنبيه السادس: فى ملزمات المعاطاه على كل من القول بالملك والقول بالإباحه .....
- ٣٤٩ ..... اشاره .....
- ٣٥٢ ..... تلف العوضين .....
- ٣٥٩ ..... تلف احدى العينين .....
- ٣٧٠ ..... نقل العينين أو احدهما؟ .....
- ٣٧٨ ..... لو باع الفضول العين؟ .....

- ٣٨٣ ..... لو امتزجت العينان أو احدهما
- ٣٨٤ ..... لو وقع التصرف المغتير في العين؟
- ٣٨٧ ..... هل يورث جواز الرجوع؟
- ٣٩٠ ..... لو جُنَّ أحد المتعاطيين؟
- ٣٩١ ..... التَّنبِيهُ السَّابِعُ
- ٣٩١ ..... اِشَارَةٌ
- ٣٩١ ..... هل تجرى الخيارات في المعاطاه؟
- ٣٩١ ..... اِشَارَةٌ
- ٣٩٣ ..... في خيار المجلس بناءً على الملك
- ٣٩٣ ..... في خيار الحيوان بناءً على الملك
- ٣٩٤ ..... في خيار العيب والغبن بناءً على الملك
- ٣٩٤ ..... في خيار المجلس بناءً على الإباحه
- ٣٩٥ ..... في خيار الحيوان بناءً على الإباحه
- ٣٩٤ ..... في خيار الغبن والعيب على الإباحه
- ٣٩٧ ..... التَّنبِيهُ الثَّامِنُ
- ٣٩٧ ..... اِشَارَةٌ
- ٣٩٧ ..... هل حكم العقد الفاقد لبعض الشرائط حكم المعاطاه؟
- ٤٠٢ ..... هل يكفي وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا؟
- ٤٠٤ ..... تعريف مركز

سرشناسه : حسینی میلانی، سیدعلی، ۱۳۲۶ -

عنوان قراردادی : کتاب البیع .شرح

عنوان و نام پدیدآور : کتاب البیع: من اباحت الفقیه المحقق العظیم والاصولی الفذالمرجع الدینی الکبیر و آیه الله العظمی السید محمدهادی الحسینی میلانی / تقریر و شرح علی الحسینی میلانی.

مشخصات نشر : قم : مرکز الحقائق الاسلامیه □ ۱۴ق. = ۱۳ -

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : ج. ۲. ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۲۹-۳ : ؛ ۱۰۵۰۰۰ ریال: ج. ۳. ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۷۲-۹ : ؛ ۱۱۵۰۰۰ ریال: ج. ۴. ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۷۶-۷ :

وضعیت فهرست نویسی : فیبا

یادداشت : عربی.

یادداشت : فهرستنویسی بر اساس جلد دوم: ۱۳۸۸.

یادداشت : ج. ۲. (چاپ اول: ۱۳۸۸).

یادداشت : ج. ۳- ۴ (چاپ اول: ۱۳۹۲).

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : میلانی، محمدهادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳ . کتاب البیع -- نقد و تفسیر

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

شناسه افزوده : میلانی، محمدهادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳ . کتاب البیع . شرح

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP/م۹ک۲۰۲۱۸ ۱۳۰۰ی

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۹۳۴۲۵۸

ص : ۱

**اشاره**







بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنه الله على أعدائهم أجمعين من الأولين والآخرين.

أما بعد

فإن شرف علم الفقه لا يخفى وفضله لا ينكر، وقد كانت أحكام المعاملات من اولى إهتمامات فقهاء الطائفة منذ القديم.

فلما أُلّف علامه الآفاق واستاذ الكلّ على الإطلاق، آيه الله العظمى الحاج الشيخ مرتضى الأنصارى - تغمّده الله بغفرانه وأسكنه فسيح جنانه - كتابه المعروف بـ«المكاسب»، أصبح هو المحور للدراسات العليا في فقه المعاملات، من قبل كبار الفقهاء في الحوزات العلميّه، وما أكثر الكتب المصنّفه في شرحه والتعليق المطوّله والموجزه عليه.

وكان جدنا الفقيه العظيم، والمحقق المدقق الفذ، والمرجع الدينى الكبير، آيه الله العظمى السيد محمد هادى الميلانى طاب ثراه، قد حضر هذا البحث فى النجف الأشرف على أستاذى الفقهاء والمجتهدين، آيه الله العظمى الشيخ ميرزا محمد حسين النائينى الغروى، المتوفى سنة ١٣٥٥، وآيه الله العظمى الشيخ محمد حسين الإصفهانى الغروى، المتوفى سنة ١٣٦١.

ثم إنّه درّس هذا البحث - بدوره - فى النجف الأشرف، وحضر أبحاثه هناك



جماعه كبيره من فضلاء الحوزه العلميه، الذين أصبح كثير منهم فيما بعد، من كبار المراجع ومشاهير الأعلام والأساتذه المرموقين.

ولو أنه بقى فى النجف الأشرف واستمرّ فى أبحاثه الفقهيّه والأصوليه وغيرها، لتقدّم على جميع أقرانه، وكان الاستاذ الأعظم والمرجع الأعلى، كما سمعت من غير واحدٍ من أساتذتى، كآيه الله العظمى الميرزا محمد كاظم التبريزى وآيه الله الشيخ مجتبى اللنكرانى رحمه الله عليهما.

ولكنّه انتقل إلى كربلاء المقدّسه فى سنه ١٣٥٦، وكان مجلس درسه فى تلك الحوزه أيضاً عامراً بفضلائها فى ذلك الوقت، حيث درّس الفقه والاصول والتفسير وغيرها.

ثم انتقل إلى مشهد الرضا عليه السلام، فى سنه ١٣٧٣، فكان أحد المراجع العظام، وزعيم الحوزه العلميه بها، والملاذ الأكبر للأئمه فى الحوادث السياسيه والإجتماعيه الزاهنه.

\* \* \*

أمّا مرجعيته، فقد قال بأعلميته غير واحدٍ من الأعلام المرجوع إليهم والمسموع قولهم فى مختلف الأوساط، كالعلّامه الطباطبائى صاحب (الميزان فى تفسير القرآن) رحمه الله عليه، وآيه الله العظمى الشيخ محمّد تقى البهجه حفظه الله، وغيرهما، وهكذا جماعه كبيره من الفضلاء فى الحوزه العلميه وخارجها...

مميّا أذى إلى إقبال الناس عليه، يطلبون منه الرساله العمليه، حتى أذن بتجديد طبع رسالته، فانتشرت فى البلاد ورجع إليه أهالى منطقته خراسان، ثمّ امتدّت مرجعيته إلى سائر المحافظات والمدن، وحتّى قلّمده الكثيرون من الشيعة فى البلاد المجاوره، كأفغانستان وباكستان والعراق وسائر البلدان، وجاءت الحقوق الشرعيّه من المقلّدين، وشرع فى المشاريع التى جرت بأمره.

ص: ٦

وهكذا، فقد أصبح الزعيم الأكبر في الشؤون الدينيّة بالمفهوم العام، إذ لم تقتصر جهوده على تأسيس المدارس والمعاهد الدينيّة فقط، بل أسسّ أو شيّد كثيراً من الحمامات والمغتسلات والمستوصفات، إلى جنب المساجد والحسيّيات، في مختلف المناطق، وحتى في قضايا الزلازل التي وقعت في البلاد أكثر من مرّة في عهدّه، فإنّه قد أوعز إلى بعض مقلّديه بالمبادره إلى إعادته بناء ما هدمته أو أصابته الزلازل من دور السّكن وغيرها.

إلّا أنه قد أولى الاهتمام البالغ بالحوزه العلميّه، بتأسيس المدارس فيها أو تجديد بناء بعضها، وقد جعل للدروس في مدارسه برامج خاصّه، يدرّس فيها الطّلاب مختلف العلوم الإسلاميه، ويختبرون، ويشجّع المشتغلون بالرواتب والجوائز الماديّه والمعنويّه، ولقد كان طاب ثراه، محبّاً لأهل العلم المشتغلين، معتنياً بأمر المجديّن منهم، متفقّداً لأحوالهم التفقّد الأبوي بحنانٍ ولطف.

ثم إنه عزم على دعوه العلماء الأعلام للإقامه في مشهد والتدريس في الحوزه العلميّه، حتى تزدهر وتنشط الدراسه أكثر فأكثر، وقد كان من أشهر من دعاهم واستجاب:

١ - شيخنا آيه الله العظمى الوحيد الخراساني.

٢ - آيه الله الشيخ على الفلسفي.

٣ - آيه الله الشيخ على المشكيني.

ولا يخفى ما كان لتواجد هؤلاء الأعلام في الحوزه العلميّه، من الأثر في الحركة العلميّه وتوجّه العلماء والفضلاء وإقبالهم عليها.

لقد اهتمّ بأمر الحوزه العلميّه اهتماماً بالغاً، خدمه للمذهب والعلم والعلماء، وللعبه المقدّسه الرّضويه، إذ كان يرى أنّ الحوزه تعدّ من شؤون العتبه المطهّره، وأنه كلّما تقدّمت الحوزه وازدهرت، إزداد مشهد الإمام عليه السّلام شوكةً وعظمةً

وجلاله، وقد سمعت منه هذا المعنى أكثر من مره.

وليس الدرس فقط، فقد اهتم كثيراً بالجانب العقيدى والتربوى، فقد كان - بالإضافة إلى معاشره مع الطلاب بالآداب الشاميه والأخلاق الفاضله، ليكون قدوة لهم - يلقي عليهم فى المناسبات محاضرات توجيهيه، ولا زالت تعاليمه موجوده فى الأذهان إلى هذا الزمان.

\*\*\*

واشتهر السيد الجد طاب ثراه بالمرابطه والمحافظة على حدود الشريعة المقدسه، فى اصولها وفروعها وسننها، وخاصه فى مجال الاصول الاعتقاديه، وبالأخص فيما يتعلق بمقامات ومنازل أهل البيت والعترة النبويه المطهره، وتلك فتاواه ضد بعض الأفكار المضلله من بعض المعممين وغيرهم، موجوده فى لوثائق التاريخيه الخالده.

وكذلك فيما يتعلق بالقوانين الوضعيه المخالفه للشريعة المقدسه، التى حاولت الحكومه آنذاك تطبيقها فى البلاد، فقد صمد طاب ثراه فى مقابلها وتحمل أنواع الأذى والمضايقات للحيلولة دون وصول الحكومه إلى مآربها.

لقد سمعنا منه مراراً قوله: علينا أن نقف أمام ترويج الأباطيل والمنكرات فى هذا البلد المتعلق بأهل البيت والإمام المهدي المنتظر أرواحنا فداه.

وبالفعل، فقد وفق كثيراً، وسدد الله تعالى خطاه على طريق الحق والدفاع عن الدين.

إنه كان دائماً يستمد العون من الإمام عجل الله فرجه، ويأمر بالتوسل به فى كل الأوقات، وكانت رعايته عليه السلام له مشهوده فى كافة المجالات.

\*\*\*

ومن الألفاظ الربوبيه وعنايات الأئمه الأطهار فى حقّه، ما كان عليه طاب

ص: ٨

ثراه من الكمالات المعنويّه والحالات الرّوحيّه، فتلك قضيتّه مع شيخنا آيه الله الحاج الشيخ مرتضى الحائري اليزدي، فقد سمعتها من شيخنا مشافههً، وهى موجوده بخطّه فى مذكّراته.

كما أنّ له معى أيضاً قضيتّه مشابهاً لها.

وتلك قضيتّه مع من حضر عنده فى حال الجنابه، وقد تكرر ذلك، فإنّه كان يذكّرهم، وقال لأحدّهم فى غرفته الخاصّه: إنّ الملائكه لتهبط إلى هذا المكان وتروح، لكونه محلّاً لمذاكره القرآن وروايات المعصومين، من أجل استنباط الأحكام وهداياه الناس، فما كان ينبغى لك أن تحضر هنا بهذه الحال.

وتلك قضيتّه مع زائر من زوّار الإمام عليه السلام، قد قضى ليلته فى القطار بالفسق والفجور، فلما وصل إلى مشهد، انتبه من غفلته وندم على ما فرط، فاغتمّ لذلك بشدّه، ولم يدخل الحرم حتى المساء، خجلاً من الإمام عليه السّلام، فلما حضر الصّلاه، فى الصّحن الشريف خلف السيّد الجدّ، وجاء بعد الصّلاه للسّلام عليه، خاطبه السيّد بقوله: أنت محبوب عند الإمام عليه السّلام لأنّك جئت لزيارته وهو يحبّ زوّاره، غير أنّ عملك كان سيئاً وأنت نادم عليه وتائب منه، فادخل الحرم ولا بأس عليك.

وهذه نبذه من كراماته الباهره، علمنا ببعضها فى أيام حياته، وما كنّا نتحدّث بها لعدم رضاه بذلك.

وبهذا نكتفى فى التعريف به طاب ثراه (1).

\*\*\*

ص: ٩

---

١ - ١) ومن أراد التفصيل فليرجع إلى كتاب «علم وجهاد» تأليف عمّن العلامه الحجه السيد محمّد على الميلانى المطبوع فى جزئين.

وأما كتاب البيع... .

فلقد درّس طاب ثراه فى الحوزه العلميه بمشهد المقدسه:

كتاب الإجاره

وكتاب الصلاه

وكتاب الزكاه

وكتاب الخمس

على كتاب «شرائع الإسلام» للمحقق الحلى.

ثم درّس كتاب البيع، على كتاب «المكاسب» ولكنه لم يتم كما سيأتى.

وقد كان كتاب البيع آخر أبحاثه، وكان قد وعد تلامذته بتدريسه إجاباً لطلبهم، ولذا قال فى أول البحث: كنت قد وعدت غير مرّه بالبحث فى المعاملات وفى خصوص البيع من المكاسب للشيخ الأعظم قدّس سرّه، فهذا أوان الوفاء بالوعد والشروع فى بحث البيع، وأحمد الله على التوفيق وأستخيره فى ذلك.

وكان الشروع فيه فى اليوم الثانى عشر من ربيع الأول سنه ١٣٩١.

وجعل عنوان البحث - كما ذكرنا - كتاب البيع للشيخ الأعظم، فهو أولاً يشرح عبارته الشيخ ويقرّر مراده، بأدب رفيع وتواضع جميل لمكانه الشيخ العلميه، وربما ألجأته المحافظه على مقام الشيخ والإحترام له، إلى توجيه كلامه وحمل عبارته على خلاف ما هى ظاهره فيه، قائلاً: إن مقام الشيخ يقتضى أن يكون مراده كذا لا كذا وإن كان ظاهر عبارته.

ثم يتعرّض لكلمات الأكابر حول كلام الشيخ وغيره بالبحث والنقد، فإذا ما أراد أن يشكل على الشيخ أو أحد منهم قال: «هذا سهو من قلمه» أو «لا يمكن المساعده عليه»، وربما اقترن ذلك بقوله: «إنه كبير ونحن صغار بالنسبه إليه ولكن ماذا نفعل!» بل قد وجدناه إذا أراد الردّ على الكلام لا يصرّح باسم قائله، حفظاً لعلو

ص: ١٠

إن الأکابر الذین یتعرض السید الجدد لآرائهم من المتأخرين عن الشيخ الأعظم هم:

١ - الشيخ حبيب الله الرشدي، بتقرير تلميذه الإشكوري.

٢ - الشيخ محمد حسن المامقاني، صاحب «غايه الآمال» وهو جدّه لأمّه.

٣ - الشيخ محمد كاظم الخراساني، في تعليقه المكاسب، ويعبّر عنه ب«المرحوم الآخوند».

٤ - السید محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، في حاشيه المكاسب، ويعبّر عنه ب«المرحوم السید».

٥ - الشيخ ميرزا محمد حسين النائيني، ويعبّر عنه ب«الميرزا الاستاذ».

٦ - الشيخ محمد حسين الإصفهاني، ويعبّر عنه ب«شيخنا الاستاذ».

وهذان الأخيران هما استاذاه في الفقه والاصول.

والجدير بالذكر، أنّ ظاهر كلامه أحياناً - لدى النقل عن أحد استاذيه رأياً - هو الحكايه عنه مباشرة، كقوله في بعض الموارد: «وكان الاستاذ يقول... وكنا نشكل عليه» ممّا يدلّ على استحضاره لمطالب مشايخه.

وكم كان يعتزّ بهم، خاصّةً بأستاده الشيخ الإصفهاني، فإنّه كان يعتنى بأقواله، ويراجع حاشيته على المكاسب، وكان يحتفظ بنسختين منها، وقد قال لي يوماً:

«إنّ لي - والحمد لله - مطالب في المكاسب لم يتعرض لها الشيخ الاستاذ»، فكأنّه كان يحمّد الله على أنّ وفقه للاستدراك على إفادات شيخه في مباحث البيع.

\*\*\*

قلنا: إنه كان طاب ثراه محبباً لأهل العلم المشتغلين، معتنياً بأمر المجتهدين منهم، متفقداً لأحوالهم... هذا بالنسبه إلى سائر الناس، فكيف بتلامذته؟

وأما بالنسبة إلى أهل العلم من أحفاده، فقد تضاغت رعايته وعنايته المعنويه والماديّه... .

لقد كنت في أيام الصّيف - في أغلب السنين - في خدمته، ولكّنها كانت أسفاراً قصيرةً، فلما اضطرت أوضاع حوزة النجف الأشرف، وخاصّةً بعد وفاه آية الله العظمى السيد محسن الحكيم رحمه الله عليه سنة ١٣٩٠، وتعطلت الدروس، سافرت إلى مشهد المقدّسه، وفي هذه المرّه طال المكث عنده، فكنت أحضر بحثه، وأستفيد منه الكثير من الفوائد العلميّه، وأتعلّم منه الأخلاق الكريمه، إذا سألته أجنبي، وفي كثيرٍ من الأوقات كان يتدأني، فيفيض عليّ من علمه، أو يمتحنني بسؤال، أو يأمرني باستخراج مطلبٍ في مكتبته، أو باستنساخ مکتوبٍ من مكاتيبه، فكان قد عرف عني من مجموع تلك الأمور شيئاً أصبح السبب في شدّه عنايته بي ورعايته لي، حتى أنه قال لي غير مرّه: «أتمنّى أن تبقى عندي» وقال لغير واحدٍ من الأشخاص من الأسره وغيرها: «الأمّل في هذا الولد كبير».

ولقد انعكست عنايته بي في مكاتيبه إلى (١):

فلقد جاء في أحدها: «إني أذكرك في قلبي كثيراً ولك سهمٌ في غالب أدعيتي، خبرني عن أحوالك وأمورك باستمرار».

ص: ١٢

---

١- ١) اقتصرتها منها على محلّ الحاجه، ولا يخفى أنها كلّها معنونه بعنوان «قرّه عيني» وكان اسمي «علي الأصغر» لوجود أخٍ لي اسمه «علي الأكبر» حفظه الله، لكنهم خاطبوني فيما بعد ب«علي» وبهذا عرفت في سائر الأوساط.

وفى كتابٍ بتاريخ شهر رمضان سنة ١٣٨٤، يوصى بالبرِّ بالوالدين:

وفى كتابٍ أرسله بتاريخ ٢ ذى القعدة الحرام سنة ١٣٨٦، يوصى بالمداومه على صلاة اللّيل:

ص: ١٣



وكان يمدني بالكتب التي أحتاج إليها أو تنفعني في سبيل التحصيل:

ص: ١٤

وكتب إلى لَمَّا رجعت من حج بيت الله الحرام:

ص: ١٥

وهذا كتاب آخر أرسله إلّى فى ١٨ ربيع الأوّل سنه ١٣٩٠، وهو من أحسن المكاتيب التوجيهية الراقية:

ص:١٦

«إن العمده فى استكمال مراتب الفضيله أربعه أشياء:

الأول: المعارف الآلهيه.

والثانى: التقوى.

والثالث: الفقه والاصول.

والرابع: مكارم الأخلاق.

فإن اجتماع هذه الأركان الأربعه فى غايه الأهميه، وهو المستعان سبحانه وتعالى.

وإن الدعاء والتوسيل بمقام الولايه وطلب العنايه المباركه لولئى العصر أرواحنا فداه، هى الوسيله العظمى لنيل تلك الأركان الأربعه. إن شاء الله تعالى».

\*\*\*

وبالأخره... دعانى إلى مشهد والكون بخدمته.

فقد كنت فى النجف الأشرف، وأنا متهيئاً منذ مدّه لحضور بحث الخارج على أعلامها، لكن الأوضاع مضطربه والأفكار مشوشه، وكان أهلى يفكرون لى بالزواج، وربما خطبوا من بعض البيوت، وإذا بكتاب من السيد الجدد إلى السيد الوالد بتاريخ ٦ صفر سنه ١٣٩٣ يقول فيه: «إن كان فى زواج السيد على أو السيد على الأصغر تأخير، فمن المستحسن أن يأتى إلى المشهد المقدس ويدرس هنا ويكون عوناً لى. وقد وصلنى الكتاب الذى أرسله (١)، وسررت بذلك. دام بقاءه إن شاء الله تعالى».

ص: ١٧

---

١-١) أرسلت إليه دفترًا شرحت فيه قول المحقق الحلى فى شرائع الاسلام فى غسل الأموات «وأقل ما يلقى فى الماء من السدر ما يقع عليه الاسم» فى أكثر من خمسين صفحه، وكتاب (الإمام الثانى عشر) تأليف العلامة الحجه السيد محمد سعيد آل صاحب العبقات، الذى قدمته للطبع بمقدمه وتعليق واستدراكات قيمه، فى النجف الأشرف.

فلما وصل هذا الكتاب، بادرت إلى السفر إلى إيران، ووصلت إلى محضره الشريف في شهر ربيع الثاني سنة ١٣٩٣.

فرحب بي أيما ترحيب....

وقرر طاب ثراه أن أكون له معيناً في شؤنه العلمي فقط.

فكان كلما أراد أن يطالع للدرس أو يجيب عن استفتاء، حضرت عنده، فكان تخريج كل ما يحتاج إليه من الروايات وأقوال الفقهاء على يدي، وإذا أراد مفهوم كلمه رجعت إلى كتب اللغه وأخرجت له كلمات اللغويين، وإذا أراد ترجمه راو من الرواه، أخرجتها له من الكتب الرجاليه وقرأت عليه آراء علماء الرجال فيه، وهكذا... فكان يسجل خلاصه مطالعته وتحضيراته للدرس في أوراق تحت يده، وتلك الأوراق كلها - أو جلها - محفوظه الآن، وكذا أجوبه الاستفتاءات المفصله

ص: ١٨

التي أمر باستنساخها والاحتفاظ بها.

وهكذا، فقد كنت بخدمته هذه المرّة، من أوائل السنه الدراسيه ١٣٩٣، إلى أن مرض رحمه الله، وتعطلّ الدرس في شهر ربيع الثاني وكان بحثه في مسائل بيع الفضولي.

وما طال مرضه إلا شهوراً قلائل، حتى توفي في آخر شهر رجب عام ١٣٩٥.

ثم إنّه - طاب ثراه - لمّا تعطلّ الدرس، وكأنه كان عالماً بدتو أجله، قال لي في بعض الأيام: «إني وإن كنت أحبّ أن تكون عندي، لكن مواصلة الدرس أهم، وأخشى أن يضيع وقتك هنا، فالأولى أن تذهب إلى قم».

فنزلت مدينه قم المقدسه، بعد أن تهيأت لي دار للسكن مستأجره لمدّه قليله بأمر من السيد الجدّ، وقد جعل لنا راتباً شهرياً:

\*\*\*

لقد حضرت في حوزة قم الكبرى على أعلام الطائفة وأساطين العلماء في الفقه والاصول، من كبار المراجع وغيرهم، وهم:

ص: ١٩

١ - آيه الله العظمى السيد محمد رضا الكليبايگاني قدس سره.

حضرت عليه في الحج والبيع والقضاء والشهادات والحدود.

وقررت بحثه في البيع، ودونته حاشية على المكاسب، وطبع باسم (بلغه الطالب في التعليق على بيع المكاسب) إلى آخر المعاطاه، في مجلد واحد.

ثم قررت بحثه في القضاء والشهادات، وطبع بأمر منه كذلك، في ثلاث مجلدات.

٢ - آيه الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني دام ظله.

حضرت عليه دورة كاملة في الاصول.

وفي الفقه: حضرت عليه في أبواب كثيرة من العبادات والمعاملات، كإحياء الموات والمكاسب المحرّمه والطهاره والصلاه والبيع والخيارات، وبعض القواعد الفقهيّه.

ثم درّست الاصول وطبع منه حتى الآن مباحث الألفاظ في أربع مجلدات.

٣ - آيه الله العظمى السيد محمد الروحاني قدس سره.

حضرت عليه في الاصول.

٤ - آيه الله العظمى الشيخ ميرزا محمد كاظم التبريزي، قدس سره.

حضرت عليه في الفقه.

٥ - آيه الله العظمى الشيخ مرتضى الحائري اليزدي، قدس سره.

حضرت عليه في الخيارات.

وبما ذكرت ظهر: أنّي حضرت في البيع على السيد الجدّ والسيد الكليبايگاني والشّيح الوحيد، إلا أن حضورى على شيخنا كان إلى آخر الكتاب.

ولقد طرحت أنظار السيد الجدّ في بحث شيخنا دام بقاءه، ودخلت في كتابات فضلاء الدّرس، واهتمّ بها الكثيرون منهم، فكانت من ذلك الوقت أشغل على

مطالب السيد الجدّ وأمعن النظر فيها، وأضيف إليها ما استفدته من أبحاث سيدنا الاستاذ الكلبيكاني وشيخنا الاستاذ الوحيد، وما لم يتعرّض له السيد الجدّ من مطالب الأكابر، وما في بعض الحواشي الاخرى كحاشيه المحقق الايرواني، وأنظار المحقق الخوئي من مصباح الفقاهه.

وخرّجت في الهوامش ما جاء في بحثه من الآيات والأخبار والأقوال، ووضعت له العناوين، ورتّبته ونقّحته بالإصغاء إلى أشرطه البحث من جديد.

فلما وصلت إلى آخر المعاطاه، وجدته قد اكتمل جزءاً، يصلح لأن ينتشر، فقدّمته للطبع، خدمه للعلم وأهله، وأداءً لبعض حقوق السيد الجدّ وإحياءً لذكوره، وتقديراً مني لما بذله من جهدٍ في تعليمي وتربيتي.

وأسأل الله العليّ القدير أن يوفقني لإتمام هذا العمل، وأن يتقبّله بأحسن القبول. والحمد لله رب العالمين.

قم المقدّسه

على الحسيني الميلاني

ص: ٢١









بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين ولعنه الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

وبعد، فقد كنت قد وعدت غير مرّة بالبحث في المعاملات، وفي خصوص البيع، من المكاسب للشيخ الأعظم قدس سرّه، فهذا أوان الوفاء بالوعد والشروع في بحث البيع، وأحمد الله على التوفيق واستخيره في ذلك:

ص: ٢٥



قولنا: «معامله» لإخراج العباده، وهى فى الاصطلاح: الأمر الذى يتوقف ترتب الأثر عليه على قصد القربه، والمعامله لا يتوقف ترتب الأثر فيها على قصد القربه. وبعبارة أخرى: المعامله يترتب الأثر على وجودها الخارجى، وهو - أى الوجود الخارجى - علّه تامه للأثر، فإن قصد القربه أعطى الثواب، وإلا فالأثر الخاص لها مترتب لا محاله، والعباده أمر يقتضى الأثر المترتب عليه، لكنّه مشروط بقصد القربه حتى تحصل الفعلية للأثر.

وقولنا: «إنشائية» فى قبال التوصلات التى يطلق عليها العباده بالمعنى الأعم، وليس فيها حيثية الإنشائية، كغسل اليد ونحو ذلك.

وقولنا: «بين اثنين» إحتراز عن المعامله الإنشائية التى ليست كذلك، كالوقف العام مثلاً.

وقولنا: «بنحو المعاوضه» يخرج ما إذا كان معامله إنشائية بين اثنين لا كذلك، كالهدية.

وقولنا: «فى الملكيه» لإخراج المعاوضه بين التملكين، كما هو الحال فى الهبه المعوضه، فإنها تملك بعوض تملك.

فالباع معاملة خاصه بهذه الخصوصيات.

و«البيع» حيثما يطلق هذا اللفظ في مقابل الإجاره والنكاح وغيرهما...

إسم لم يلحظ فيه جهه المصدريه التي فيها النسبه الناقصه، فالمعنى المصدرى الذى يقال فى ماضيه: باع، وفى مضارعه يبيع، فيه جهه النسبه الناقصه المقابله للنسبه التامه، أى: نسبه العرض إلى موضوعه، لكن لما نقول:

البيع، الإجاره، النكاح، الهبه... فهى أسماء غير ملحوظ فيها جهه الإضافه إلى الفاعل، ففى مثل قوله عليه السّلام: «أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعًا، فَهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا، فَإِذَا افْتَرَقَا وَجِبَ الْبَيْعُ» (١) لا يقصد المعنى المصدرى، وكذا فى قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٢) وفى «رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَن ذِكْرِ اللَّهِ» (٣)، بل المراد تلك المعامله الخاصه المسماة باسم البيع فى قبال غيرها من المعاملات.

قال الشيخ قدس سرّه:

وهو فى الأصل - كما فى المصباح - مبادله مال بمال (٤).

هذه عباره المصباح المنير، وليس كذلك فى الكتب اللغويه الأخرى، كالمفردات والصّحاح والقاموس (٥).

ص: ٢٨

١- ١) وسائل الشيعه ١٨ / ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الرقم ٤.

٢- ٢) سوره البقره: ٢٧٥.

٣- ٣) سوره النور: ٣٧.

٤- ٤) المصباح المنير: ٦٩.

٥- ٥) المفردات فى غريب القرآن: ٦٧، صحاح اللغه ٣ / ١١٨٩، القاموس المحيط ٣ / ٨.

## إشكال المحقق الخراساني:

فقال المحقق الخراساني رحمه الله عليه في الحاشية: التعبير بالمبادله لا يخلو من مسامحه، وحقه أن يقال: تبديل مالٍ بمالٍ، فإنه فعل الواحد لا الاثنين (١).

## الرد على الإشكال:

وهذا منه عجيب إنصافاً، لأنَّ تبديل المال بالمال يتحقق بفعل الواحد ولا يتوقف على طرفٍ، كأن يتلف الإنسان مالاً له، ثم يبده بمالٍ آخر من أمواله، فإنه يصدق التبديل ولا علاقة له بالبيع. وبعبارة أخرى: «التبديل» أعم من «المبادله». هذا أولاً.

وثانياً: إنَّ المشتري وإن كان معطياً للبدل، لكن نفس البدل قائم بطرفين، إذ المشتري معطٍ والبائع آخذ له، وحينئذٍ، يصح التعبير بالمبادله.

## تحقيق المحقق الإصفهاني في معنى هيئته المفاعله:

وثالثاً: فإنَّ التحقيق ما أفاده الشيخ الأستاذ قدس سره (١) من أنَّ ظاهر الصيرفيين هو أن هيئته المفاعله موضوعه لصدور المبدء من اثنين.

ص: ٢٩









وما ذكروه سهو، فإن صدور المبدء منهما - بحيث تدلّ عليه الهيئه - منحصر بالتفاعل، وأما المفاعله، فإنما تدلّ على صدور المبدء من الفاعل متعلّقاً بالغير، ولذا انحصرت صيغه المفاعله بالأفعال المتعديه.

وبعبارة أخرى: ماده «فَعَلَ» إنما تدلّ على نسبه العرض إلى موضوعه، ولا تدلّ على شيء سواه من الزمان وغيره، بل هي مداليل خارجيه، وذلك، لأن هذه الماده تدلّ على الحدث، وهيئتها تدلّ على نسبه الفعل إلى الفاعل، ولذا كان «فَعَلَ» في اللّازم والمتعدّي معاً، سواء وجد في الخارج ما يقع عليه الفعل أو لا، فهو صادق. نعم، في الأفعال المتعديه حيث نفهم الوقوع على

الغير، يكون من باب أن ذاك الحدث ليس قائماً بنفس الفاعل، بل هو متعدي منه بصدوره عنه ووقوعه على غيره، ولذا نفهم المفعول به من الخارج بالدلالة الإلزامية، ولا دلالة للهيئه على ذلك أصلاً.

وهذا المعنى - أعنى الصّيدور من الفاعل والوقوع على الغير - هو مدلول هيئه «فاعِل»، فإنها نسبه خاصه بين العرض وموضوعه واقعاً على الغير، ولذا قلنا يكون دائماً من الفعل المتعدّي ولا يكون من اللّازم، فالهيئه المذكوره موضوعه لهذه النسبه، سواء صدر المبدء ممّن وقع عليه الحدث كذلك أو لم يصدر، ولذا يقال: خاطب زوجته، ظاهر امرأته، قال تعالى: «يُرَاوُنَ النَّاسَ» (١) سافر زيد، نافق عمرو... إلى غير ذلك من الإستعمالات الصحيحه الفصيحه.

فهذا هو التحقيق، واشتباه الصرفيين ليس بعزيز.

### في هيئه التفاعل

وأما هيئه التفاعل، فقد ذكر شيخنا الأستاذ رحمه الله: بأنّ الهيئه الواحده لها مدلول واحد، أى نسبه واحد، لكن هيئه التفاعل - وهي واحد - لها مدلولان، أى صدور المبدء من كلّ من الطرفين، فقال: هيئه التفاعل نسبه خاصه بين الطرفين.

قلت: الهيئه الواحده لا تدلّ إلّاعلى معنى واحد، فما ذكره متين جداً، لكنّه لمّا وجد التفاعل دالّاً على صدور المبدء من الطرفين، فيقال: تضارب زيد وعمر. أو: زيد وعمر تضاربا، بخلاف المفاعله، فلا يقال: ضارب زيد

ص: ٣٤

وعمرو، بل الصّحيح ضارب زيد عمراً... لذا قال: بأنّ هذه الهيئه تدلّ على نسيه خاصّه بين الطرفين. وهذا سهو من قلمه الشريف، لأن النسبه تكون دائماً بين الجوهر والعرض، ولا تعقل بين الجوهرين.

فالتحقيق: أن التفاعل هيئه واحده ونسبه واحده، هما معاً فاعل واحد، فهما بنحو المعنيه والوحده طرف للنسبه، فالمنسوب إليه واحد مركّب، والهيئه نسبه واحده بين المبدء وذلك الواحد.

فتلخص: تعين التعبير بالمبادله، والتعبير بالتبديل غير صحيح، والإعتراض على الشيخ في ذلك غير وارد(١).

وصيغته المفاعله فعل الاثنين، بمعنى أنها تدلّ على النسبه الصّادره من طرفٍ والواقعه على الغير، فهي دالّه على حيث الوقوع على الغير - بخلاف صيغته فَعَلْ، فإنها متمخّضه في إفاده نسبه الفعل إلى فاعله والعرض إلى

ص: ٣٦

موضوعه - فالمفاعله تفيده وقوع الماده على الغير، من غير دلالة على صدور الفعل من الغير أيضاً، بأن يكون المبدء صادراً من الطرفين، والذي يدل على هذه الحثية هو صيغه التفاعل.

### إشكال آخر على المحقق الخراساني:

ثم إن كون الشيء بدلاً عن شيء، لا بد أن يكون في جهه، كأن ينصب زيد بدلاً عن عمرو في إداره المدرسه، وأن يكون لفظ بدلاً عن آخر في الاستعمال، وأن يجعل إناء بدلاً عن غيره في الانتفاع... .

وهكذا... فالبدليه دائماً بحاجه إلى جهه يكون الشيء بدلاً عن غيره في تلك الجهه... فالبدليه في البيع حيث عرف ب«مبادله مال بمال» في أي جهه؟

إن البدليه لا محاله تكون في الملكيه، لكن هذا من أين يستفاد؟ إن قلنا:

بدل المال بمال تبديلاً، لم يكن فيه دلاله على الملكيه، فقد يبدل الإنسان مركوبه بمركوب آخر، وملبوسه بملبوس آخر... وهكذا... ليتنفع به ركوباً أو لبساً ونحو ذلك... وأما إن قلنا: بادل المال بمال مبادله، دلت الصيغه على وجود طرف، وأفادت أن المال الآخر مضاف إلى الغير، ومبادله المال بمال الغير وجعل مال الغير بدلاً عن ماله لا تكون إلأى الملكيه.

وهذا أيضاً وجه آخر في الإشكال على التعريف ب«تبدل مال بمال»، وهل المبادله الحاصله بالبيع تقع في الملكيه، وهي إضافة اعتباريه أو جده اعتباريه على ما سيأتي إن شاء الله، فهي - على أي حال - إضافة خاصه أو في المضاف وهو المال، أو في المضاف إليه وهو المالك؟ وجوه، والمختار هو الأول.



## رأى المحقق النائيني في متعلق المبادله:

وكان الميرزا الأستاذ قدس سره يصرّ فقهاً وأصولاً (١) على أنّ التبدّل في المعاملات يكون في طرف الإضافة، أمّا هي فمحموظه، وكان يشبّه المطلب بما إذا كان بيد الإنسان حبل مشدود طرفه بشيء، ثم يحلّ الحبل عنه ويشدّه بشيءٍ آخر. فالحبل هو الحبل، والشيء المشدود به تبدّل. قال رحمه الله: البيع هكذا. بخلاف الإرث، حيث الحبل والمشدود به محفوظان، والتبدّل يقع في المضاف إليه حيث قام الوارث بموت مورّثه مقامه، وبخلاف الهبه المعوّضه، حيث التبادل واقع بين الإضافتين.

وقد أوردنا عليه بالنقض والحلّ:

أمّا نقضاً: فما ذكره منتقض بالبيع نسيئه والبيع سلماً، ففي الثاني يبيع كلّى السلعه وفي النسيئه يكون الثمن كلياً، والكليّ ذو مالیه، لأنّ كلّ الموجودات الخارجيه التي تميل إليها النفوس ولها قيمه فهي أموال، ولا يعتبر في مالیه الشیء كونه مضافاً إلى أحد، بل هی قائمه بنفس الشیء، فالکليّ مال في حدّ ذاته، فمن باع كذا منّا من الحنطه سلماً أو اشتراه بكذا دراهم نسيئه، فقد جاء الكليّ إلى ذمته ملكاً للغير لا لصاحب الذمه، فإبدال طرف الإضافه إنما يتصوّر فيما إذا كانت الإضافه موجوده، وإنما تتحقق

الإضافه فى البىع نسيئته وسلمأ بالبىع، ويكون الكلى الموجود فى ذمه من عليه الدراهم أو الحنطه ملكأ للطرف الآخر.

وأما حلأ: فإنّ الإضافه تتشخص بطرفيها، وهى قائمه بها، وبمجرد انعدام أحدهما تنعدم الإضافه، وهكذا الأعراض، فإنها متقومه بموضوعاتها، ولهذا يستحيل انتقال العرض من موضوع إلى موضوع آخر، فكيف يعقل بقاء الإضافه بعد زوال المضاف؟ وتنظير المقام بالحبل تنظير للشىء بما يباينه، فإن الحبل جوهر موجود فى الخارج، لا ينعدم بانعدام طرفيه المشدود بهما، وأما الإضافه إلى العرض فإنها تتغير بمجرد تغير العرض.

فظهر أن القول المذكور مردود بالنقض والبرهان.

والحق: إن المبادله واقعه فى الملكيه، وأنّ البىع مبادله مال بمال فى الملكيه بتبدل المضاف بما هو مضاف (أ).

ص: ٤٠



### إشاره

قوله:

والظاهر اختصاص المعوض بالعين، فلا يعمّ إبدال المنافع بغيرها، وعليه استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع.

أقول:

فى عباره المصباح: مبادله مال بمال. والمال عباره عمّا تميل إليه النفس أو ما يبذل بأزائه شىء، وهذا صادق على المنفعه، فما ذكره الشيخ قدس سرّه ناظر إلى لفظ البيع، وكأنّه اعتراض على المصباح، لأنّ الشيخ يرى اختصاص المعوض بالعين وأنّ العوض يجوز أن يكون منفعه، ولازم كلامه أن يكون التعريف: مبادله عين بمال.

وقد استدلل لهذا الاستظهار تارةً: بالتبادر، لتبادر العين من لفظ البيع متى أطلق، وأخرى: بصحّ السلب، فإنّه إذا ملك منفعه صحّ أن يقال: زيد لم يبع.

### إشكال وجواب

وربما قيل (١): إن البيع يباين الإجاره كما هو واضح، وهى تمليك المنفعه بعوض، فيكون البيع تمليكاً للعين فقط، وإلا كانت الإجاره فرداً للبيع لا مباينه له.

ولا يخفى: أن المراد من العين ليس العين الإصطلاحيه، أى الموجود الخارجى بما هو موجود فى الخارج وجوهر، ولذا يجوز بيع الكلى فى

ص: ٤٢

الذمه، بل المراد ما لو وجد في الخارج لكان عيناً، سواء كان موجوداً بالفعل أو لا، في مقابل المنفعة والحق.

قلت: إن كان لهذا التبادر وصحة السلب واقعيه لدى العرف العام، كما ذكر السيد اليزدي قدس سره (1) فهو، وأما ما قيل من أن البيع يباين الإجاره... فغير تام، لما ذكرنا - في بحث الإجاره - من أن لفظ الإجاره يتعلّق بالعين، فيقال: آجرت الدار، ولا يكون المنفعه، والإجاره: جعل العين في يد الغير لأن ينتفع بها بعوض. بخلاف العاريه حيث تكون كذلك مجاناً، فإذا ادّعينا أن هذا حقيقه الإجاره وليس تمليك المنفعه بعوض، كان الفرق بين البيع والإجاره واضحاً، والمقابله بينهما تامه، لأن البيع - بناءً على التبادر وصحة السلب المذكورين - جعل العين في يد الغير وتحت سلطنته بقولٍ مطلق، والإجاره: جعلها كذلك لأن ينتفع بها بعوض. لكن الكلام في ثبوت التبادر وصحة السلب...

فإن ثبت ذلك، لم يكن مناص من التزام المجاز في الموارد التي استعمل فيها لفظ البيع وكان متعلّقه منفعه لا عيناً... كما في الأخبار الآتية، وإلّا كان البيع كما عن المصباح مبادله مالٍ بمالٍ، فهو عباره عن التمليك سواء تعلّق بالعين أو المنفعه لأن المال أعم منهما، والإجاره جعل العين بيد الغير لأن ينتفع بها بعوض.

فظهر الفرق بين الإجاره والبيع على كلا تقديرى ثبوت التبادر وصحة السلب وعدم ثبوتها، وأن الوجه الآخر مخدوش (1).

ص: ٤٣

















قوله:

نعم، ربما يستعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها، بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار... والظاهر أنها مسامحة في التعبير، كما أنّ لفظه الإجاره تستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان كالثمره على الشجره.

أقول:

### من أخبار استعمال البيع في نقل غير الأعيان:

أمّا الأخبار، فهذه نصوص جملته منها:

فمما ورد في بيع خدمه المدبر:

١ - السّـيـكـونـي عن جعفر بن محمد عن أبيه... عن علي عليه السّـلام: «باع رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم خدمه المدبر ولم يبع رقبته» (١).

٢ - أبو مريم عن أبي عبد الله عليه السّـلام: «عن رجل يعتق جاريته عن دبر، أيطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياتها؟ فقال عليه السلام: أي ذلك شاء فعل» (٢).

٣ - «عن رجلٍ أعتق جاريه له عن دبر في حياته. فقال عليه السّـلام: إن أراد بيعها باع خدمتها في حياته، فإذا مات أعتقت...» (٣).

ص: ٥١

---

١-١) وسائل الشيعة ٢٣ / ١٢٠، الباب ٣ من أبواب التدبير، الرقم: ٤.

١-٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ١٢٠، الرقم: ١.

١-٣) وسائل الشيعة ٢٣ / ١٢٠، الرقم: ٣.

ومما ورد في بيع سكنى الدار:

ما رواه إسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام قال: «سألته عن رجل في يده دار ليست له، ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله، قد أعلمه من مضى من آبائه أنها ليست لهم ولا يدرون لمن هي، فيبيعها ويأخذ ثمنها؟ قال عليه السلام: ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي، ولا أظنه يجئ لها ربّ أبداً. قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكنها أو مكانها في يده فيقول: أبيعك سكنى وتكون في يدك كما هي في يدي؟ قال: نعم يبيعها على هذا» (١).

وأما بيع حقه في الأرض الخراجية:

ففيه الخبر: «كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال عليه السلام: ومن يبيع ذلك؟ هي أرض المسلمين! قلت: يبيعها الذي هي في يده، قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال عليه السلام: لا بأس، إشتري حقه منها ويحوّل حقّ المسلمين عليه...» (٢).

ففي هذه الأخبار استعمل لفظ البيع - وكذا لفظ الشراء - في نقل المنفعة.

وجاء في روايه سكنى الدار أنه قال عليه السلام: «ما أحب أن يبيع ما ليس له».

فكيف أجاز بيع سكنها مع أنه ليس له، لأنّ المفروض أن الدار ليست له، فليس له سكنها كذلك؟

الذي يختلج بالبال في حلّ هذا الإشكال هو: أنّ الدار كانت في أوّل

ص: ٥٢

١- (١) وسائل الشّيعه ١٧ / ٣٣٦، الباب ١ من أبواب عقد البيع، الرقم: ٥.

٢- (٢) وسائل الشّيعه ١٥ / ١٥٥، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الرقم: ١.

الأمر بنحو الرقبي لشخصٍ وذريته، فأبأوه الأولون كانوا يعلمون بالحال، حتى إذا وصلت إلى المتأخرين من ذريتهم جهلوا بالأمر، وأعلموا أولادهم بأنها ليست لهم... فمن هنا أجاز الإمام عليه السلام أن يبيع هذا الذي هي بيده سكنائها، مع كونه ممنوعاً من بيعها.

وقول الشيخ: والظاهر أنها مسامحة في التعبير. أي مجاز، لما تقرّر عنده من أنّ لفظ البيع لا يستعمل إلّا في نقل الأعيان.

ومعنى ذلك: أن يكون قد آجرها لغرض استخدامها، فعبر عن ذلك ببيع الخدمه مجازاً.

لكن فيه: أنه ليس بإجاره أيضاً، لأنه لم يقل: آجرتك الجارية، وإنما قال:

بعتك خدمتها، فلا مناص من الالتزام بكونه بيعاً حقيقه، أو أن الواقع معاوضه ثالثه.

وكذا الكلام في سكنى الدار ونحوه.

وقوله: كما أنّ لفظ الإجاره قد يستعمل في نقل الأعيان كالثمره على الشجره:

إن أراد - كما قيل - إجاره الشجره الفاقده للثمره للانتفاع من ثمرتها فيما بعد، مع استعمال لفظ الإجاره، توجه عليه: أنّ الالتزام بالمجاز حينئذٍ يكون بناءً على أنّ الإجاره تملك المنفعه، لأنّ المنفعه مضادّه للعين، لكن المبنى غير تام، لما تقدّم من أنّ الإجاره عباره عن التسليط على العين لأجل الانتفاع بها بأيّ نحو كان، فهو يستفيد ممّا تنتج هذه العين، سواء كان أمراً عرضياً أو جوهرياً خارجياً، كإجاره الشاه لبناها، والحمام للاغتسال بالماء الموجود فيه، والمرضعه لارتضاع الطفل من لبنها. فالإجاره هي التسليط على العين للانتفاع منها، والانتفاع من كلّ شيء بحسبه، فمن الدار سكنائها، ومن الدابه



ركوبها، ومن الآنيه الأكل فيها، ومن الشجره ثمرتها.

وعليه، يكون استعمال لفظ الإجاره على حقيقته.

وإن أراد أن العرف يستعملون لفظ الإجاره فى الانتفاع بالثمر الموجود على الشجر، بأن يقال: آجرتك ثمره الشجره. فالظاهر عدم وجود هكذا استعمال عند العرف أصلاً.

وإن أراد إجاره الشجره للانتفاع بثمرتها الموجوده فعلاً- عليها. فهنا لا- تتحقق الإجاره الحقيقيه، لأن الإجاره - كما قلنا - هى التسليط على العين للانتفاع بمنافعها المتجدده الناتجه عنها، وأما العين الموجوده بالفعل، فلا معنى لإجارتها. نعم، قد يقال فى العرف: استأجرت هذه الشجره... وهنا تكون المسامحه فى التعبير.

وعلى الجملة، فإنّه فى الصوره الأولى حيث لا- ثمره للشجره فعلاً، تكون العبارة حقيقيه والإجاره صحيحه على ما هو الحق فى تعريفها، والحمل على المجاز لازم القول الآخر.

وقد أشكل على أصحاب هذا القول تصحيح إجاره المرضعه للبنها، والشجره لثمرتها، والحمام للاغتسال بمائه، فاضطروا إلى التأويل، بأنّ المرضعه إنّما تستأجر للإرضاع وهو فعلها وذاك منفعتها، وتلف اللبن تلف بلا ضمان، والحمام يستؤجر لغرض الاغتسال فيه وحصول تلك الجبه المعنويه، لكنّه يتصرف فى المال ويستعمله بلا ضمان.

إلّا أنّ هذه التأويلات لا تتأتى فى مثل إجاره الشاه والبقره للبنها.

وفى الصوره الثانيه، الظاهر أنّ لا استعمال عند العرف من هذا القبيل.

وفى الصوره الثالثه، قد يوجد هذا الاستعمال عندهم، وهو مجاز، لكون المقصود حقيقه بيع تلك الثمره.

### إشاره

قوله:

وأما العوض، فلا إشكال في جواز كونه منفعه، كما في موضع من القواعد وعن التذكرة وجامع المقاصد، ولا يبعد عدم الخلاف فيه. نعم، نسب إلى بعض الأعيان الخلاف فيه، ولعله لما اشتهر في كلامهم من أن البيع لنقل الأعيان، والظاهر إرادتهم بيان المبيع، نظير قولهم: إن إجاره النقل الأعيان.

أقول:

في مفتاح الكرامه: اعتبر بعض المتأخرين عيته العوضين في البيع، وهو وهم نشأ من قولهم: البيع لنقل الأعيان (١). انتهى.

### المنفعه:

لابد من التأمل في وقوع المنفعه عوضاً في البيع، فإن من يملك الدار لا يملك شيئين أحدهما الدار والآخر المنفعه، ومن يملك دابةً تسوى مائه درهم وإجارتها سنه خمسمائه درهم، لا يكون مالكاً الآن لستمائه درهم.

إن من يملك عيناً من الأعيان لا يكون عنده مالان أحدهما العين والآخر منفعه العين، بل عنده الدابة مثلاً وله أن ينتفع بمنافعها، وكذا الدار وغير ذلك... فله السُلطنه على أن ينتفع بمنافع العين، لا أنه يملكها إلى جنب العين، ولو قلنا بأن البيع مبادله مالٍ بمالٍ، اعتبر المائيه في العوض، لكن المنفعه ليست بمال.

ص: ٥٥

إنّه لا يجوز أن يقال: السكّنى منفعه الدار، والركوب منفعه الدابه ونحو ذلك من القول، لأنّ السكّنى والركوب عرضان قائمان بالسّاكن والزّاكب، وهو هنا البائع، ولا يعقل وقوعهما عوضاً وثنماً عن المبيع، أعنى الدار أو الدابه.

إنّ منفعه الدّار قابليتها لأنّ ينتفع بها، وكذا الدابه، وغيرهما، وقابليته كلّ شيء بحسبه، فحيثه القابليته هي المنفعة، وهي أمر قائم بذات العين ولا وجود لها في الخارج، لعدم كونها أمراً منحازاً عن العين حتى يملكها.

فكان الأولى في سبب الخلاف المنسوب إلى بعض الأعيان، بدلاً عمّا ذكره بقوله: «ولعلّه لما اشتهر...» أن يقال: إنه ليس سكّنى الدار - مثلاً - منفعه الدار، بل منفعتها قابليتها للإنتفاع، وهي ليست بأمرٍ منحازٍ عن العين حتى تملك كما تملك العين.

لكن من الممكن جعل المنفعة عوضاً - بناءً على ما أشرنا إليه - لأنّ تملكك منفعه الدار يتحقق بجعلها في يد المشتري لأنّ ينتفع بها، وهذه حقيقه الإجاره، وفي البيع يجعلها بيده، وهذا الجعل هو الذى يقع عليه العقد ويؤخذ بأزائه الشىء، لأنّ جعل الدار كذلك له ماله، والبيع مبادله مال بمال، فالمنفعة تقع عوضاً في البيع (١).

ص: ٥٦

---

١ - ١) قال طاب ثراه: وتفصيله في بحثنا في كتاب الإجاره، كما أنّا طرحنا هذا المطلب في بحثنا في المكاسب في النجف الأشرف.

## عمل الحر

قوله:

وأما عمل الحرّ، فإنّ قلنا إنه قبل المعاوضه عليه من الأموال، فلا إشكال، وإلّا ففيه إشكال، من حيث اعتبار كون العوضين في البيع مالاً قبل المعاوضه، كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح.

أقول:

في كلامه قدّس سرّه قيّدان «الحرّيه» و«قبل المعاوضه»، وكأنه يقصد أنه بعد المعاوضه مال بلا كلام، مثلاً: إذا استأجر حرّاً ملك العمل المعيّن في ذمّته، فإذا اشترى شيئاً قال اشتريته بالعمل الذي في ذمّه الأجير، وكذا الكلام في العبد، حيث أنّ للمولى أن يشتري شيئاً ويجعل عوضه خدمه عبده.

فمحطّ كلام الشيخ حيث يتحقق القيّدان، كأن يشتري الحرّ نفسه شيئاً بعملٍ معيّن مدّة معيّنه، فهنا «الحرّيه» و«قبل المعاوضه»، فإن كان هذا العمل يعدّ من الأموال فلا بأس، وإلّا ففيه إشكال... .

## وجوه الإشكال

والإشكال من وجوه:

ص: ٥٧

أولاً: لا بدّ أن يكون العوضان مالين، والماليه أمر ثبوتى، وثبوت شىء لشىء فرع ثبوت المثبت له، فلو ثبتت الماليه لعمل الحرّ، كان له ثبوت فى الخارج، لكن عمله قبل وجوده لا شىء، وبعد وجوده معدوم، فمتى يتّصف بالماليه؟

وثانياً: الماليه شىء يوجب الضمان والإستطاعه والغنى والحجر، فلو أفلس الحرّ حجر عليه جميع أمواله ولا حجر على عمله، ولو كان مالاً لحجر، ولو حبس جوراً عليه مدّه، لم يضمن الجائر عمله فى تلك المدّه، ولو كان مالاً ضمن، لأنّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن، ومن كان ذا مالٍ بقدر الاستطاعه وجب عليه الحج، ولا يصدق على الحرّ - بلحاظ عمله فى المستقبل - أنه مستطيع، ولو كان العمل مالاً لكان القادر على العمل من الفقراء غنياً، والحال أنه ليس كذلك، ومن هنا قلنا فى بحث الزكاه أن المحترف الذى لا يفى دخله بمؤنه سنته، يجوز له الأخذ من الزكاه تّميماً

لمعاشه، فلو كان العمل مالاً لم يجز له الأخذ، لفرض تمكنه من إيجار نفسه مدةً فيكون غنياً.

وثالثاً: لو تنزلنا عن ذلك كله، فإنه يعتبر في تحقق البيع ومبادله مالٍ بمالٍ في الملكية: أن يكون المالك مملوكين لطرفي المعاملة، فعلى فرض كون عمل الحرّ مالاً فهو متسلط على عمله تكويناً، فلا يعقل أن يكون مسلطاً عليه اعتباراً أيضاً. وبعبارة أخرى: الملكية والسلطنة الاعتبارية إنما تتحقق حيث لا تكون موجودةً تكويناً، وإلا لزم تحصيل الحاصل. هذا غاية ما يقال في هذا المقام.

ويمكن الجواب عن ذلك كله:

### الجواب:

لأن المائيه صفه ثبوتيه، لكنّ ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له في أفق الثبوت، فإن كان الثبوت خارجياً، لزم ثبوت المثبت له في الخارج، وإن كان ذهنيّاً لزم ثبوته في الذهن، وإن كان اعتبارياً، لزم ثبوته في عالم الاعتبار، والمائيه أمر اعتباري عقلائي يثبت للشيء بلحاظ أنه تميل إليه النفوس ويبدل بأزائه - لأجل أثره وفائدته - شيء. وعمل الحرّ كذلك، فالمائيه الاعتباريه ثابتة له، فهو وإن لم يكن له ثبوت في الخارج لكنه ثابت في عالم الاعتبار، وله المائيه الاعتباريه باللحاظ المذكور.

وأما عدم الضمان والاستطاعه والحجر والغنى... فلأن الموضوع في هذه الموارد هو المال المضاف إلى المالك بإضافه الملكية، وعمل الحرّ مال، وليس له تلك الإضافه الاعتباريه.

وأما أن ظاهر عباره المصباح «مبادله مالٍ بمالٍ في الملكية» كون الملكية حاصله للمال قبل المعاوضه، فلا دليل عليه، بل عباره مطلقه، ودعوى

انصرافها إلى المال المضاف بإضافه الملكيه بلا وجه.

فعمل الحرّ مال، فيبادل البائع عن متاعه بعمل الحرّ وإن كان غير مملوكٍ له قبل البيع بالملكيه الاعتباريه، نظير أن يجعل الكلى ثمناً في البيع نسيئته حيث البائع يبيع متاعه بشيء كلى في ذمه المشتري، سواء كان الثمن في بيع النسيئه نقداً من النقود كالدرهم والدينار، أو عيناً من الأعيان كالطعام، فالشياء الكلى المجعول ثمناً، ليس بموجودٍ عند المشتري وليس ملكاً له ولا لغيره قبل المعامله، إلّا أنه بجعله عوضاً وثنماً يصير مملوكاً للبائع، فلا يلزم أن يكون المبيع والثنم ملكاً لهما قبل البيع، ولذا يصح السّلم والنسيئه.

وعلى الجملة، فإنّ المحتاج إليه تأثير البيع في ملكيه المالين للطرفين، وهذا التأثير أعم من أن يكون المالك قبل البيع ملكاً لهما أولاً.

فمبادله مال بمالٍ صادقاً في جعل عمل الحرّ عوضاً في البيع (١).

ص: ٦٠







قوله:

وأما الحقوق، فإن لم تقبل المعاوضه بالمال... فلا إشكال، وكذا لو لم تقبل النقل... وأما الحقوق القابله للانتقال... .

أقول:

لقد جعل الحقوق على ثلاثة أقسام:

فمنها: ما لا يقبل المعاوضه عليه أصلاً، سواء كان قابلاً للنقل أو لا، وقابلاً للإسقاط أو لا.

ومنها: ما يقبل المعاوضه عليه والإسقاط، ولا يقبل النقل والانتقال إلى الغير، كحق الرهانه وحق الشفعه.

ومنها: ما يقبل المعاوضه والانتقال.

أما الأول، فلا إشكال فى عدم وقوعه عوضاً.

وأما الثانى، فقد ذكر قدس سره أنه لا يقع عوضاً كذلك، وعلل ذلك بقوله:

لأن البيع تمليك الغير.

فما لا يقبل النقل لا يقع عليه البيع، إذ لازم عدم الانتقال إلى الغير أن لا يملكه الغير، فلا ينطبق عليه عنوان البيع الذى هو تمليك الغير.

وقد نقض عليه صاحب الجواهر قدس سره (1) ببيع الدين على من هو عليه، فإنه صحيح بالإجماع.

ص: ٦٣

قال الشيخ: هذا النقض غير وارد، لأنه لا مانع من كونه تمليكاً فيسقط.

### دفع الإشكال عن كلام الشيخ

فأورد عليه المحقق الخراساني (١) قدس سرّه: بأنه كلام مختل النظام، فإنه في مقام أنها تجعل عوضاً أم لا، فلا يناسبه التعليل بقوله: لأنّ البيع تمليك الغير، ولا النقض بيع الدين أصلاً، فإنه إنما يناسب إذا كان بصدد بيان أنها لا تجعل معوضاً في البيع.

قلت:

وفيه: إن المراد من تمليك الغير هو التمليك عن الطرفين، فالبايع يبيع والمشتري يقبل فعل البائع، وهو بالدلالة الإلزامية مملّك للثمن للبائع، وحينئذٍ كان من المناسب النقض ببيع الدين على من هو عليه، إذ لا يوجد هناك طرفان، فكما يصحّ التمليك للمبيع مع الوحده، ففي العوض يتحقّق ذلك بالأولويّه، فكما لا منافاه في المعوّض بين عنوان الوحده وتحقق البيع، كذلك في العوض.

فهذا وجه التعرّض للنقض. إلّا أنه لما ذكر في الجواب قضيه السّليطنه، توجه الإشكال عليه: بأنه قد يكون في مورد الحق مسلّط عليه وقد لا يكون.

إلّا أنه يندفع بتمثيله قدس سرّه بحقّ الشفعه وحقّ الخيار، ولا بدّ فيهما من المسلّط عليه دائماً.

فالإشكالان مندفعان.

وقد ذكر الشيخ في وجه عدم ورود النقض: أنّ المديون يملك هنا ما

ص: ٦٤

فى ذمته، والانتقال الملكى فيه حاصل، ونتيجته السقوط، وليس الأمر فى الحق كذلك، لأن لازم تملكه ممن عليه الحق، اجتماع من له الحق ومن عليه الحق فى شخص واحد، وهو غير معقول.

ويؤيده: أنه إذا نقل ما لا يقبل النقل من الحقوق، قلنا بأنه يعاوض عليه فى قبال الإسقاط، فالإسقاط فعل من الأفعال، وقد قلنا بأن عمل الحر لا يقبل المعاوضه عليه.

وأما الثالث - وهو ما يقبل الانتقال والإسقاط - فلا يقبل المعاوضه عليه أيضاً، للإشكال فى كونه مالاً، وقد اعتبرت المائيه فى العوضين.

### الإشكالات الواردة:

وأما الإشكال عليه فوجه:

أولاً: إنه يرد على قوله: الحق سلطنه فعلية: أن الحق ليس هو السلطنه، كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

وثانياً: قوله بأن الملكيه لا تحتاج إلى من يملك عليه، متين، إلّا أنها فى مثل بيع الدين على من هو عليه محتاجه إليه.

وثالثاً: فى بيع الدين، إن كان المبيع هو الكلى من غير تقييد له بكونه فى الذمه، فلا مائيه له، وإن كان مع التقييد بذلك، يلزم أن يكون المديون مديناً لنفسه بسبب شراء ما فى ذمته، وهذا ممّا لا معنى له، وعلى فرض الصّحّه، كيف يعقل أن يكون السقوط وعدم الملكيه أثراً للتمليك؟

وعلى الجملة، فإنّ التملك والسقوط لا يجتمعان، إلّا إذا كانا فى أمرين متماثلين موجودين فى الذمه، فيسقطان بالتهاتر.

ورابعاً: يرد على قوله: والسرّ أن هذا الحق سلطنه فعلية لا يعقل قيام

طرفيها بشخص واحد، بخلاف الملك فإنه نسبه بين المالك والمملوك... أن ذلك إنما هو فيما أريد انتقاله إلى من عليه الحق، وأما إذا أريد نقله إلى غيره، فلا يلزم محذور اتحاد المسلط والمسّط عليه، فليس ما ذكره سرّاً لعدم الانتقال على كليته، بل السرّ في ذلك أن موضوع الحق المقوم له عنوان خاص، فلا يعقل أن ينتقل عنه، لا- إلى من هو عليه ولا- إلى غيره، فموضوع حق الخيار في الحيوان هو المشتري، وفي الغن هو المغبون، فلا- يعقل انتقال الحق إلى غير المشتري في الأول وغير المغبون في الثاني، وكذلك حق الشفعة، فإنه لا ينتقل إلى غير الشريك، وحق المضاجعة، فإنه لا ينتقل إلى غير الضره، سواء كان الزوج أو المرأه الأجنبيةه.

وكلما كان الموضوع لشيء من هذه الحقوق علّه تامّه له فهو غير قابل للإسقاط، كحق الوصايه والتوليه، وكلما لم يكن كذلك فيقبل الإسقاط.

### حقيقه الحق والفرق بينه وبين الحكم والملك

#### إشاره

وتفصيل الكلام في الحق وحقيقته وأقسامه وأحكامها هو:

#### الحكم

إن «الحكم» تارة: تكليفي، وهو البعث والزجر والترخيص، وأخرى:

وضعي، وهو اعتبار شرعي على طبق اعتبار العقلاء وله آثار. والحكم الوضعي غير الأمر الانتزاعي، إذ الأمر الانتزاعي موجود بوجود منشأ انتزاعه في الخارج، ولذا تكون الأمور الانتزاعيه من المقولات العشر، وليست الأمور الاعتباريه معدوده منها، لعدم كونها منتزعه من الخارج، إلّا أنها متقومه بما يصحح لها الاعتبار.

ص: ٦٦

ثم الأمور التكوينية، قد تقع موقع الاعتبار - أى يتعلّق بها الاعتبار - بلحاظ آثار ومصالح، فالزواجية - مثلاً - فى اللّغه عبارته عن «العديّة» فى الخارج، فيعتبر هذا المعنى بين المرء وزوجته ويقال هما زوجان، والنكاح لغه هو «الاتصال»، فيعتبر هذا المعنى بين الرجل والمرأه.

و«الملكيه» فى الخارج عبارته - كما قيل - عن الهيئه الخاصه المعبر عنها بالجده، فتقع هذه الواجديه موقع الاعتبار ويقال: هو مالك وذاك مملوك.

## الحق

و«الحق» له معنيان شائعان فى الاستعمال:

أحدهما: أنه اسم مصدر من حقّ يحقّ، بمعنى الأهلّيه وأنه ينبغى أن يكون كذا.

والثانى: أنه صفة مشبهه، بمعنى كونه ذا واقعته، فهذا «حق» فى قبال طرفه «الباطل».

ومن استعمالاته بالمعنى الثانى: قوله تعالى: «وَ يَسِيْرُ تَنْبِيْؤُنَكَ أَ حَقٌّ هُوَ قُلْ إِي وَ رَبِّيْ إِنَّهُ لَحَقٌّ» (١)، وقوله: «الْحَقُّ مِنْ رَبِّكَ فَلَا تَكُوْنَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِيْنَ» (٢)، وقد يكون فعلاً، مثل «حَقَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ» (٣)، وفعالاً، مثل «الْحَيَاةُ \* مَا الْحَاقَّةُ \* وَ مَا \* أَذْرَاكَ مَا الْحَاقَّةُ» (٤)، ومفعولاً، مثل: هذا القول حق.

ومن استعمالاته بالمعنى الأوّل - وهو الأهلّيه واللياقه وما ينبغى أن

ص: ٦٧

١-١) سورة يونس: ٥٣.

٢-٢) سورة البقره: ١٤٧.

٣-٣) سورة يونس: ٣٣.

٤-٤) سورة الحاقه: ١ - ٣.

يكون الشيء عليه - قوله تعالى: «حَقِيقٌ عَلَى (١) أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ» (٢)، «وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ» (٣) ويقال للناقه: «حِقَّه» إذا حصل لها الأهلية والجداره لأن يستفاد منها.

فهل الحق فى الاصطلاح حيث قلنا أنه أمر اعتبارى، هو بمعنى اسم المصدر، أى الأهلية وكونه حقيقاً، أو هو صفة مشبهه بمعنى كونه ذا واقعته؟ وبعبارة أخرى: هل الحق الاعتبارى اعتبار الأهلية أو اعتبار كونه ذا واقعته؟

الظاهر هو الأول، إذ نقول: له حق الشفعه، وهو ذو حق، فعلى كونه صفة مشبهه، لا يصح أن يقال هو ذو حق، لأن الصفة المشبهه معناها كون الشيء ذا مبدئٍ، فلا يعقل إضافه «ذو» أو «له» إليه، فقولنا: هو ذو حق كذا، متخذ من معنى الأهلية واللباقه والجداره، فللقاضى حق القضاء، أى هو أهل لذلك، وللحاكم حق التولية، أى: فيه أهليه التصدى لأمر الموقوفه مثلاً، وحق القيموميه معناه: الأهليه لتصدى أمور من هو قيم عليه... فهذا المعنى الاعتبارى الذى نعبر عنه بالأهليه، متخذ من الأمر التكوينى المصدرى.

وعلى الجملة، فإن الأمر الاعتبارى منوط بمصحح الاعتبار، يقال: هذا الكلام سيف قاطع، ويعتبر للكلام السيفيه بلحاظ أثره، وفى حق الشفعه وحق التولية وحق الزهانه وغيرها، ليس المعتبر كون هذه الأمور لها واقعته وثبوت بالمعنى المقابل للبطلان، بل هو الأهليه، فمشتري الحيوان اعتبر له حق الفسخ، وكذا المغبون، وفى حق الشفعه: اعتبر للشريك الأهليه لأن يشفع، أى يضم إلى نفسه حصه صاحبه، وولى الدم له حق القصاص، أى هو

ص: ٦٨

---

١-١) فى هذه الكلمه قراءتان: «على» و«على» والأولى عندى أولى. منه قدس سره.

٢-٢) سوره الأعراف: ١٠٥.

٣-٣) سوره البقره: ٢٢٨.

أهل لأن يقتص، والمجتهد العادل له حق القضاوه، أى هو أهل لأن يقضى، ومن أخذ ماله غضباً له حق التقاص، أى هو أهل لأن يقتص.

فالمعنى المطرد فى جميع هذه الموارد ما ذكرناه، وهذا هو المختار خلافاً للأكابر، كما سيجىء.

ثم «الحق» دائماً يتعلّق بفعلٍ من الأفعال، إمّا فعلاً يصدر منه، كحقّ الفسخ، وإمّا فعلاً يُفعل لأجله، كحقّ النفقه، حيث اعتبر له الأهليه لأنّ ينفق عليه، فإنّ كان فعلاً صادراً منه يكون الحق «له»، وإنّ فعلاً يُفعل لأجله يكون الحق «عليه»، فيقال لصاحب حق التوليه مثلاً: حق له، ويقال لمن تجب عليه النفقه: حق عليه، وهذا الحقّ المعتبر للغير، قد يكون بإيجابٍ من الشخص على نفسه للغير، قال الله تعالى: «وَ كَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصِيرُ الْمُؤْمِنِينَ» (١). وليتأمل مدى رأفه الله وعنايته بالمؤمنين!! فالله عزّ وجلّ «عليه الحق» أى: إن للمؤمنين الأهليه والجداره لأن ينصرهم، فهو «عليه الحق» و «لهم الحق» لكنّ بجعلٍ منه.

وفى زياره الإمامين العسكريين عليهما السلام: «بحقّ من أوجبت حقّه عليك».

فمتعلّق الحق هو الفعل على كلّ حال، إلغافى مقام الإضافه، فإنه إلى الفعل فيقال: حقّ الفسخ، حقّ النفقه، حقّ التوليه... وقد يضاف إلى سببه كحقّ الزهانه، بمعنى أن الوثيقه سبب لأنّ يكون له الأهليه لبيع العين المرهونه فى قبال دينه، وكحقّ الأبوه، حيث أنّ الأبوه سبب يؤهل الأب لأن يطاع مثلاً.

فالحقّ لا يتعلّق بالعين، بخلاف الملك، إذ يتعلّق بالعين ويتعلّق بالفعل،

ص: ٦٩



وهذا من موارد الفرق بين الحق والملك.

ثم إنّه قد تقدم أنه إن كان موضوع هذا الأمر الاعتباري - أعنى الأهلية والجداره - عنواناً خاصاً، لم يعقل نقله إلى الغير.

### هل يقبل الإسقاط والنقل؟

وأما قابليته للإسقاط، فتابعه للدليل.

وما قيل: من أن كلّ حقٍ يقبل الإسقاط، فغير صحيح، لأنّ من الحقّ ما يكون علّه لموضوعه بمشابه العله التامه له، ولا يعقل انفكاك المعلول عن علته التامه، فحقّ القضاوه وحق الوصايه ونحوهما، لا يقبل الإسقاط.

وبعبارة أخرى: إذا أخذ عنوان خاصّ في موضوع الحق، فلا ينتقل، وأما الإسقاط، فالمتمتع فيه الدليل، وحيث لا يكون دليل، كان مقتضى القاعده العدم، لأنه متى شكّ في موردٍ بأنّه يقبل الإسقاط أو لا، استصحب البقاء.

نعم، يمكن أن يقال: إن كلّ حق كان جعله لغبطه ذى الحق، فهو قابل للإسقاط، وكلّ حق كان جعله لانتفاع الغير، فلا يقبله... .

فما عن الشّهاد في القواعد ليس على كليته (1).

هذا، وكثيراً ما يشكّ في أنّ هذا حق أو حكم، وفي حقّ من الحقوق، أنه يقبل النقل أو الاسقاط أو الانتقال أو الاشتراط على سقوطه ضمن العقد، أو لا؟

مثلاً:

رجوع الزوج في الزوجه المطلقه، حق أو حكم؟

ص: ٧٠

طرح المدعى دعواه عند الحاكم، حق أو حكم؟

رجوع المختلعه عما بذلت، حق أو حكم؟

رجوع البازل فى الحج، حق أو حكم؟

عزل الموكل الوكيل، حق أو حكم؟

إن كان حقاً، فيقبل الإسقاط والسقوط بالاشتراط، وإن كان حكماً، فلا يقبل شيئاً من ذلك... فما هو مقتضى القاعده؟

إن مقتضى القاعده: عدم السقوط والنقل والانتقال، إذ يستصحب بقاؤه، نعم لا- يثبت أنه حكم، لأن نفي أحد الضدين بالاستصحاب لا يثبت الآخر إلا على القول بالأصل المثبت. وعلى الجملة، فلا تترتب آثار الحق وإن لم يترتب آثار الحكم.

وأما مع إحراز كونه حقاً والشك فى قبوله لذلك ولو بالصِّلح، فالمحكى عن الشهيد الثانى: الأصل فى الحقوق جواز الصِّلح عليها، وعن المحقق الثانى: الأصل فى الحقوق المائيه أن يقبل الصِّلح عليها.

### ما هو مقتضى الأصل؟

فما المراد من هذا الأصل؟

لا يبعد أن يكون هو الإجماع، أو يقال بتجويزهم التمسك بالعام فى الشبهه المصدقيه، بأن يقال - فيما لو اشترط سقوط الحق ضمن عقدٍ وشك فى نفوذ هذا الشرط وتأثيره - بالتمسك بعموم آيه الوفاء بالعقود (١)، وعموم «المؤمنون عند شروطهم» (٢).

ص: ٧١

١- (١) سورة المائده: ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ / ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الرقم ٤.

هذا غاية ما يمكن أن يقال.

أقول: تارةً: يذكر عنوان ويُجعل موضوعاً ويرتب عليه الحق، كأن يقال:

ولّى الدّم له حق القصاص، ومشتري الحيوان له حق الفسخ، والزوجه لها حق المضاجعه... وهكذا. ففي هذه الموارد، لو شكّ في قابلية الحق للنقل والسقوط والانتقال، رجع الشك إلى أنه هل هذا العنوان بمثابة علّه تامه أو أنه مقتض؟

قد ذكرنا أنّ كلّ حق - بأى معنى كان - جعل لعنوانٍ كان ذلك العنوان بمثابة علّه تامه له، فلا يعقل سقوطه وإسقاطه ونقله، لاستحاله انفكاك المعلول عن علته. فإنّ شك في حال العنوان، كان مقتضى القاعده بحسب التفاهم العرفي العقلاني - في كلّ عنوانٍ جعل موضوعاً لحكم تكليفي أو وضعي ودار أمره بين العليّه والاقتضاء - هو كونه بنحو العليّه ودوران الحكم مداره، وعليه، يحكم بعدم قبوله لشيء من ذلك، ولا مجال للتمسك بالعمومات، لكونها أجنبيّه من جهة أنّ الشبهه تخصصيّه.

واخرى: يترتب الحق على موضوع، ولم يتحقّق هذا الاستظهار العرفي المتفاهم العقلاني، واحتمل أنّ يكون عنواناً اقتضائياً، كان التمسك بالعمومات - لأجل إثبات القابليّه للسقوط والإسقاط والنقل - من قبيل التمسك بالعامّ في الشبهات المصادقيه.

وثالثه: يحرز كون العنوان اقتضائياً، وكون الحق مجعولاً للغبطه، وحينئذٍ يمكن التمسك بالعمومات، فلو شك في أنّ الشارع منع عن النقل والسقوط والإسقاط أولاً، رجع إلى الشك في مانعيه شيء أو شرطيته، والمشهور جواز التمسك بالعمومات حينئذ، وعليه، فيحكم بقابليته لذلك.

فظهر أن الحق على خمسة أقسام:

- ١ - فمن الحق ما يقبل الإسقاط والنقل والانتقال القهري بالإرث، كحق التحجير. ولعل حق السكنى والرقبى من هذا القبيل.
- ٢ - ومن الحق ما لا يقبل شيئاً من ذلك، كحق الوصاية وحق التولية.
- ٣ - ومن الحق ما يقبل الإسقاط والانتقال دون النقل، كحق الفسخ، وكذا حق الشفعة، لأنه إن نقل إلى الأجنبي، فهو ليس بموضوع لهذا الحق، إذ موضوعه هو الشريك، وإن نقله إلى الشريك الأول، فالمفروض خروجه بالبيع للغير عن كونه طرفاً للشركة، وإن نقله إلى المشتري كان معنى ذلك كونه مالكاً والحال أنه مالك بالبيع.
- ٤ - ومن الحق ما يقبل الإسقاط والنقل دون الانتقال، كحق المضاجعة، فيمكن إسقاطه ونقله إلى الضره، لأنها زوجه مثلها.
- ٥ - ومن الحق ما يقبل الإسقاط فقط، والظاهر أن حق القذف كذلك، إذ للمقذوف حق فى أن يشتكى عند الحاكم، وله إسقاطه، لكن لا ينقل ولا ينتقل.

وتبقى أمور لا نعلم كونها حقاً أو حكماً، وقد تقدّم الكلام عليها...

وقد ظهر ممّا ذكرنا:

أن الإسقاط هو إخراج من جعل الحق لأجل غبطته نفسه عن الطرفيه للحق، فهذا ما يمكن أن يقال فى معنى الإسقاط، وإن كان لابدّ لعمل ذى الحق هذا من الإمضاء الشرعى.

وما معنى النقل؟

إن قلنا - كما ذكر الشيخ - إن البيع من النواقل، ولا بدّ من تملك الغير، انتقض بيع الدين على من هو عليه، وهو نقض متين جداً كما عن صاحب الجواهر، وما ذكره الشيخ في الجواب، فقد عرفت ما فيه:

أولاً: لا معنى لأن يصير الإنسان مديوناً لنفسه.

وثانياً: سلّمنا، لكنه يقول: أثره السقوط. وفيه: كيف يعقل أن يكون الشيء سبباً لعدم نفسه؟

فإن قلت: معنى أن أثره السقوط هو أنه لما كان ملكيته لما في ذمته بقاء لغواً، فلا محاله يكون السقوط.

قلت: فلم حَدَثَ هذا الأمر الذي لا أثر له؟

### الأقوال الاخرى فى حقيقه الحق

ويبقى الكلام فى الأقوال الأخرى فى حقيقه الحق:

فالميرزا الأستاذ قدس سرّه كان يقول: بأنّ الحق مرتبه من الملك (١).

والشيخ الأستاذ قدس سرّه كان يقول: بأنّ الحق هو الثبوت بالمعنى المصدرى والثابت بالمعنى الإسم مصدرى (٢).

والمحقق الخراسانى رحمه الله أراح نفسه فقال: الحق اعتبار خاص له آثار مخصوصه منها السلطنه (٣).

والسيد اليزدى طاب ثراه - والظاهر أنّه المشهور - على أنّ الحق هو السلطنه (٤).

ص: ٧٤

١-١) المكاسب والبيع ١ / ٩٢.

٢-٢) حاشيه المكاسب ١ / ١٨.

٣-٣) حاشيه المكاسب: ٤.

٤-٤) حاشيه المكاسب ١ / ٢٨٠.

أقول:

قد عرفت أنّ المتبادر من الحق في جميع موارد استعماله أنّه متّخذ من القابليته والأهليته والجداره، فيحقّ له أن يفعل كذا بمعنى: أنه أهل لأن يفعل كذا. وهذا هو المعنى في غيره من الشواهد التي ذكرناها سابقاً.

وهو يستعمل أيضاً بحسب اللّغه فيما له الواقعيه والثبوت، لكن لا مطلقاً، بل بخصوصيّه أنّ هذا له واقعيّه في مقابل الباطل إذ لا واقعيه له، ومن هذا الباب: قولنا: الله حق، الإسلام حق، القرآن حق... فلا ريب في أنّه يستعمل في الثابت، بالخصوصيّه المذكوره.

إنّما الكلام في الحق بالمعنى الإسم المصدري، الذي له خصوصيّه الاعتبار الوضعي، فهو محلّ الكلام، لا الثبوت الذي ذكره الشيخ الأستاذ طاب ثراه، مضافاً إلى أنا نقول: ثبت الحق، فلو كان الحق بمعنى الثبوت، لزم إسناد الشيء إلى نفسه، ونقول: ثبوت الحق، والشيء لا يضاف إلى نفسه.

وأما ما ذهب إليه الميرزا الاستاذ قدّس سرّه، فلا يمكن المساعدة عليه، لوجوه:

الأول: إن الملكيه أمر اعتباري، وهو لا مراتب له، إذ المراتب مخصوصه بالمقولات، لا كلّها بل بعضها.

والثاني: إنّ الحق والملكيه متقابلان، فيقال: فلان ذو حق، وفلان ذو ملك.

والثالث: هناك موارد يوجد فيها الحق ولا تتصوّر الملكيه، فمثلاً: حق الاختصاص متحقّق لمن اتخذ الخمر للتخليل، وكذا في حق التحجير... فهنا حق ولا ملك.

ورابعاً: إنّ لا معنى لأن يعتبر الملكيه - ولو مرتبه منها - لما هو تحت

ص: ٧٥

السلطنة تكويناً، كما سيجيء في قول المشهور.

وأما أنه السِّلطنة - كما هو المشهور -، فإنَّ أريد السِّلطنة التكوينيَّة، فعندنا موارد فيها الحق ولا سلطنة، كما في المولى عليه، وموارد بالعكس، كما هو الحال بالنسبة إلى الولي. فبين السلطنة والحق عموم من وجه.

وأيضاً: الحق يضاف إلى ذى الحق فيقال: له حق الشفعة، ولا يعقل أن يكون للإنسان سلطنة اعتباريَّة على أعمال نفسه، وقد بينا أنَّ قولهم: الحرّ مسلَّط على أعماله وأفعاله، غير صحيح.

وإنَّ أريد السلطنة الاعتباريَّة، انتقض بمراد الإضافة إلى فعل ذى الحق وعمله، فإنَّها سلطنة تكويينيَّة، وإذ يوجد السلطنة التكوينيَّة، فلا يعقل اعتبار السلطنة.

هذا تمام الكلام في الحقوق وما يتعلَّق بها(١).









قوله:

بخلاف الملك، فإنها نسبة بين المالك والمملوك.

أقول:

والظاهر أن حقيقة الملكيه عبارته عن «الواجدية» في عالم الإعتبار، والسِّلْطَنه ملازمه لها، ولا يشترط أن تكون السِّلْطَنه بالمباشرة، فالصغير يملك لكن سلطنته على المملوك تتحقق بواسطة وليه المتصرف فيه، وفي قبالها: الملكيه الحقه الحقيقيه، وهي لله الذي لا إله إلا هو الحي القيوم، ولأوليائه الذين بهم الوجود، ولذا ورد عنهم السِّلْطَنه «إِنَّ الْأَرْضَ وَمَا فِيهَا كُلُّهَا لَنَا» (١) ونحوه غيره، وقد قام عليه البرهان أيضاً.

والدليل على أن حقيقة الملكيه هي «الواجدية»، هو الاستعمالات الكثيره المتبادر منها ذلك.

وذهب شيخنا الأستاذ قدس سره إلى أنها «الحوايه» (٢).

ص: ٨٠

---

١-١) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤١٥، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات، الرقم: ٢.

٢-٢) حاشيه المكاسب ١ / ٣١.

وهذا قريبٌ ممّا ذكرناه.

ولا- ريب أنه يقصد منها ما كان بنحو القيوميّه للمحويّ وكون زمامه بيده، وإن لم تكن الحوايه هي المعنى المتبادر من لفظ الملك، قال في المصباح: «حويت الشيء، إذا ضممته واستوليت عليه، فهو محوى» (١).

والظاهر أن الاستيلاء من لوازم الحوايه وليست مرادفً لها، لكون تعديتها ب«على» كما في عبارته.

وقيل: الملكيه هي السلطنه (٢).

وفيه: ما ذكره شيخنا من أن السلطنه تتعدى ب«على» والملكيه متعدية، فكيف يكون الترادف؟

وقيل: هي الجده (٣).

وفيه: إن مقوله الجده هي الهيئه الحاصله للشيء بسبب إحاطه شيء به، كالتقمص والتعمم والتختم ونحو ذلك، ولا- معنى لاعتبارها للمالك وهو من قام به المبدء، لأنه المحيط بالمملوك لا بالعكس. كما لا مجال لأن يقال: بأن الملكيه هي الإحاطه الإعتباريه الموجهه لهيئه الجده، لأن الإحاطه تتعدى ب«الباء» وتعديه الملكيه بنفسها.

وقيل: الملكيه اعتبار من مقوله الإضافه، أي: إن الملكيه لمّا لم تكن من قبيل الإضافه المقوليه، لأن المقوله ما يقال على شيء موجود في الخارج، والإضافه تكون بين الأمرين المتضايفين اللذين لا ينفكُّ تعقل أحدهما عن الآخر، كالفوقيه والتحتيه، فلذا عتبر بأن الملكيه اعتبار من مقوله الإضافه.

ص: ٨١

١-١) المصباح المنير: ١٥٨.

٢-٢) حاشيه المكاسب للسيد اليزدي ١ / ٢٨٩.

٣-٣) منيه الطالب ١ / ٣.

وفيه: إنَّ هذه المقوله هى النسبه المتكرره التى توجب انتزاع عنوانين متضائفين متكافئين فى القوه والفعل، ولا بدّ لهذا الانتزاع من المنشأ، فإنْ كان هو السلطنه أو الجده، فقد عرفت ما فىهما من الإشكال(١).

ص: ٨٢



قوله:

إلّا أنّ في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً، من أخذ المال في عوضى المبايعه لغه وعرفاً، مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرّض لشروط العوضين لما يصحّ أن يكون أجره في الإجاره، في حصر الثمن في المال.

أقول:

الإشكال تارة: من حيث أن «الحق» لا يصدق عليه «المال» عرفاً، بل هما متقابلان. وأخرى: من حيث أن «المال» يختص بالأعيان الخارجيه (١).

ويندفع الإشكال بكلا الوجهين بأن: إطلاق المال على الشيء، إما هو لأجل ميل النفوس إليه وبذل الشيء بأزائه، أو - كما قال الراغب (٢) - لأنه يميل إلى الزوال، وهو - على كلّ حالٍ - صادقٌ على الحق. ومع التنزّل، فإنّ عبارته

ص: ٨٤

---

١-١) ذكرهما المحقق الإصفهاني ٥٧/١ والإشكال الثاني للمحقق الخراساني كما في تعليقه ص ٤.

٢-٢) المفردات في غريب القرآن: ٤٧٨.

المصباح محموله على الغالب، لأنَّ البيع صادق على مبادله المال بعوضٍ.

وأشكل شيخنا الميرزا: بأنه لو جاز المبادله بين الملك والحق، بجعل الأوّل مبيعاً والآخر ثمناً، لزم انقلاب الملك حقّاً والحق ملكاً. والتالى باطل.

بيان الملازمه: أن البيع عبارته عن تبديل طرفى الإضافه وخروج كلٍّ من العوضين عن طرفيته للإضافه إلى من هو له، وصيرورته طرفاً لإضافه الآخر، فإذا وقعت المعامله بين الملك والحق، صار ما كان طرفاً للملكيه طرفاً للحق، وما كان طرفاً للحق طرفاً للملكيه. وهذا خارج عن حقيقه البيع (١).

وفيه:

أولاً: إن أصل المبنى فى حقيقه البيع لا يمكن المساعده عليه. كما تقدّم سابقاً.

وثانياً: إنه يرى أن الحقّ مرتبه من الملك. وعليه: فإنّ غايه ما يلزم هو اختلاف المرتبه فى طرف الإضافه، ولا محذور فيه أصلاً.

ص: ٨٥



قوله:

ثم الظاهر: إن لفظ البيع ليس له حقيقه شرعيه ولا متشرعيه، بل هو باقٍ على معناه العرفي، كما سنوضحه إن شاء الله.

إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه: ففي المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها:

إنتقال عينٍ من شخصٍ إلى غيره بعوضٍ مقدّر على وجه التراضي (٢).

وحيث أن في هذا التعريف مسامحةً واضحةً، عدل آخرون إلى تعريفه ب:

الإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال (٣).

وحيث أن البيع من مقوله المعنى دون اللفظ... عدل جامع المقاصد إلى تعريفه ب:

نقل العين بالصيغه المخصوصه (٤).

ويرد عليه... ولا- يندفع... لأنه: إن أريد بالصيغه خصوص «بعت»، لزم الدور، لأن المقصود معرفه ماده بعت، وإن أريد بها ما يشمل «ملكه»، وجب الاقتصار على مجرد التمليك والنقل.

أقول:

أمّا المسامحة في التعريف الأول، فلأنّ الإنتقال أثر البيع لا أنه البيع.

ص: ٨٦

١- ١) قد عرف السيد الجّد البيع في أول الكتاب. فهو يتكلم على تعاريف الفقهاء.

٢- ٢) المبسوط ٢ / ٧٦، السرائر ٢ / ٢٤٠، تذكرة الفقهاء ١٠ / ٥.

٣- ٣) المختصر النافع: ١١٨، الدروس الشرعية ٣ / ١٩١، التنقيح الرائع ٢ / ٢٣.

٤- ٤) جامع المقاصد ٤ / ٥٥.

وأما الإشكال على التعريف الثاني، بأنّ البيع من مقوله المعنى دون اللفظ، فلا يتوجّه إن أريد البيع المتحقق من البائع والمشتري بالإتشاء منهما، نعم، يتوجّه النقض بالمعاطاه، حيث اخذ في التعريف جهه الدلاله، وهي من شئون اللفظ كما لا يخفى.

وأما قوله: إن أريد بالصّيغه خصوص «بعث» لزم الدّور، فيمكن دفعه بأنّ المراد هو البيع بما له من المعنى المرتكز أو المتفاهم لدى الغير من أهل العرف (١).







## تعريف الشيخ

قوله:

فالأولى تعريفه بأنه: إنشاء تمليك عين بمال.

ولا يلزم عليه شيء مما تقدم.

أقول:

هذا التعريف يوافق ما عن العلامة الطباطبائي في مصابحه حيث قال:

إن الأخصر الأسدّ تعريفه بأنه: إنشاء تمليك العين بعوض على وجه التراضي.

والظاهر أنّ الشيخ بدّل كلمه العوض، بلحاظ أن إطلاقه يعمّ غير المال.

ثم إنّ السرّ في التعبير بالإنشاء هو عموم التعريف وشموله للصحيح والفساد، لعدم كون لفظ البيع موضوعاً لخصوص الصحيح.

## الإشكال عليه

ولو أن الشيخ عرّف البيع بأنه تمليك عين بمال، بأن يكون المراد منه الأعمّ من التمليك الحقيقي والإنشائي، لسلم تعريفه ممّا أورد عليه المحقق الخراساني:

أولاً: بأنّ المعنى في مشتقات البيع - من: باع يبيع - هو التمليك، لا إنشاء التمليك.

ص: ٩١

وثانياً: بأنّ البيع ممّا يقع في حيز الإنشاء، فإذا عُرّف بإنشاء التمليك، لزم وقوع الإنشاء في حيز نفسه، وهو غير معقول.

لكنّ الظاهر: أن مراد الشيخ من التمليك هو التمليك الإنشائي، وإضافه الإنشاء إليه من قبيل إضافه الصفه إلى الموصوف، فلا يتوجّه عليه الإشكال، وليس المراد من قولنا: التمليك الإنشائي هو تقييده به، حتى يورد عليه بأنّ المقيّد بالإنشاء لا يقع في حيز الإنشاء، بل المراد هو معنى التمليك القابل لأن ينشأ(١).

## ردّ الإشكال بعدم الشمول لبيع الدين على من هو عليه

قوله:

من تعقل تملك ما على نفسه...

أقول:

قد تقدّم الكلام عليه، وبالجملة: إن المبيع إن كان هو الكلّي من غير

ص: ٩٣



تقييد له بالكون في الذمه، فهذا لا ماليه له، وإن قيد بكونه في ذمه المديون لزم كونه مديوناً لنفسه. نعم، لو باع البايع ما هو مساوٍ لذلك الكلّي في عهده نفسه وتملكه المشتري، سقط بالتهاتر. لكنّه خارج عن مورد النقض (١).

ص: ٩٤



قوله:

إنّ التمليك ضمنى، وإنّما حقيقه التملك بعوض.

أقول:

وفيه: أن التعريف بإطلاقه يعمّ الضمنى.

والأولى أن يجاب: بأنّ المشتري إنما يُنشئ القبول والرضا بما فعله البائع من تملك ماله فى قبال ما يأخذه من المشتري، فهو بذلك يخرج ماله عن ملكه ويدخل مال المشتري فى مكانه اعتباراً، والمشتري إنما يقبل ذلك ولا إنشاء له للتمليك أصلاً، غير أنّه لازم القبول منه فى التحقّق خارجاً.

فإن قلت: هذا فى سائر أنواع البيع، وفى التسليم مع تقدّم الإيجاب من البائع، وأمّا إن كان الإيجاب فيه من المشتري، كما إذا قال: أسلمت إليك هذه الدراهم فى كذا من الحنطه، أو قال: أسلفتك هذه فى كذا، لم يكن منه إنشاء القبول حتّى يتمّ ما ذكر أو يقال بأن التملك ضمنى.

قلت: ليس ما ذكرناه ولا القول بأنّ التملك ضمنى، تعبيراً عن قبول المشتري، بل إنّ جعله ما يملكه بدلاً وعوضاً عمّا يكون له من البائع رضاً منه وتمليك، وهذا حاصل منه، أى من المشتري، بلا فرق بين أن يكون موجباً أو قابلاً.

ثم إنّ النقض باستيجار العين بعين، إنما يندفع بما ذكرناه، لا بالتمليك الضمنى الذى ذكره الشيخ فقال:

وبه يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين، حيث أن الاستيجار يتضمّن تملك العين بمالٍ أَعْنَى المنفعة.

ولعلّ مراده من الضمّيّه هو ما ذكرناه، من كونه لازماً للمنشأ لا أنه هو المنشأ، فليتدبّر جيّداً (١).





قوله:

وفيه: إن حقيقه الصّٰلِح - ولو تعلّق بالعين - ليس هو التمليك على وجه المقابله و المعاوضه، بل معناه الإصلى هو التسالم... .

أقول: ملخص الجواب:

أولاً: إن الصّٰلِح لا يتعدى إلى المال بنفسه ولا يقال: صالحتك هذا، بل على هذا، أو عن هذا، بخلاف التمليك، وذلك أماره الاختلاف بينهما مفهوماً.

وثانياً: إنه لا يجوز أن يورد النقص بخصوص مورد استعماله فيما يتعلّق بالعين فى مقابل العوض، لأن استعماله فيه وفى سائر الموارد إنما هو بجامع واحد وهو التسالم، ويشهد بذلك: أنه لو طالب خصمه أن يصالح عن شىء بشىء، لم يكن ذلك إقراراً بملكيتة له، بخلاف ما لو طلب منه التمليك فقال: ملكنى هذا، فإنه نظير أن يقول: بعنى هذا ويكون إقراراً منه.

فأئده:

المصالحه: المسالمة، والتصالح: التسالم، فإن استعمل بهيئه المفاعله تعدى إلى الطرف بنفسه فيقال: صالحته وسالمته، وبهيئه التفاعل: تصالحت معه وتسالمت معه، أو يقال: تصالحنأ، قال الراغب: «السّلام والسّلم والسّلم:

الصّٰلِح. قال تعالى «وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السّلامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا...» (١) وفى المنجد فى اللغة: «الصّٰلِح: السّيلم، وهو اسم من المصالحه، وصالحه مصالحه»:

ص: ١٠٠

واقفه، خلاف خاصمه، وتسالم القوم: تصالحوا وتوافقوا» (١).

ثم إن كان الصِّلح في مقام رفع اليد عن الشيء يقال: صالحته عن حقوقى - مثلاً - بكذا، وربما يقدر ما يرفع اليد عنه على مبنى أمرٍ معيّن فقال:

صالحته على كذا، أو يتوافقان على قرارٍ معيّن بينهما كما في الشريكين، بأن يكون الربح والخسران على أحدهما، أو بأن يكون الشراء من أحدهما والبيع من الآخر، أو بما يسدّ مسدّ المضاربه، فيقال: صالحتك على كذا، وربما يتصالح على أن يكون شيء في مقابل شيء، فيقال: صالحته على أن يكون كذا بكذا» (١).

ص: ١٠١

---

١-١) المنجد في اللغة: ٤٣٢.



قوله:

وأما الهبة المعوّضه، والمراد بها هنا: ما اشترط فيها العوض، فليست إنشاءً تملك بعوض على وجهه المقابله... .

أقول:

الهبة المعوّضه على قسمين، فتارةً: يهب بلا قيد والمتّهب يهب شيئاً كذلك. فهذه هبة معوّضه تترتب عليها الآثار، وأخرى: أن يهب بشرط أن يعوّضه. فقول الشيخ: والمراد بها... لإخراج القسم الأول، فإنه لا يحتمل أن ينتقض التعريف به.

وقوله: ليست إنشاءً تملك بعوض... يعنى: ليس معاوضه بين الشيئين، بل هو معاوضه بين الهبتين، ويشهد بذلك أنه إذا أقبضه تملك وإن لم يكن الطرف الآخر قد وهب، فلو كان مقابله بين المالين، لزم أن يكون مالاً لما يملكه الطرف ويريد أن يهبه.

فالهبة المعوّضه ليست مقابله بين المالين، وإنما هو شرط للعوض، وفيه تملكان وأحد التملكين بعوض الآخر مع الاشتراط، وكذلك فى القسم الآخر ولكن بلا اشتراط.

ص: ١٠٢

وبالجملة، ففي الهبة المعوّضه - بكلا- قسميها - لا- توجد مقابله بين المالين. نعم، بينهما فرق من جهة أنه حيث يشترط، يكون للواهب حق الفسخ... .

هذا مقصود الشيخ.

وأقول: فالهبة المعوّضه تنقسم إلى القسمين المذكورين، وأما إذا كانت بشرط النتيجة كأن يقول: وهبتك هذا بشرط أن يكون متاعك ملكاً لي، فبمجرّد إقباض الواهب وملكيته، يكون ملك المتّهب ملكاً للواهب، فما ذكره الشيخ من أنها هبة في مقابله هبة، منقوض بما ذكرناه.

لكنّ المهمّ: أن هذا إنما يملك بالشرط لا بالمعوضه، فالفرق بين الهبة والبيع واضح، والنقض غير وارد.  
قوله:

فقد تحقّق ممّا ذكرنا: أن حقيقة تملك العين بالعوض، ليست إلّا البيع... .

فما قيل: من أنّ البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالعوض، فيقدّم على الصّالح والهبة المعوّضه، محلّ تأمل بل منع، لما عرفت من أنّ تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير... لكنّ الظاهر أن الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل... .

أقول:

عبارته غير مستقيمه، وصحيحها: إنه لو قصد الصّالح والهبة المعوّضه، لم يكن الاستعمال على حقيقته في الأمرين ولم يكن بيع، إذ لا- يعقل وقوعه بيعاً مع فرض قصد الصّالح أو الهبة المعوّضه وعدم قصد البيع. فمراده: إنه لو قال: ملكتك كذا بكذا، وقصد المعنى الحقيقي الذي هو عبارته عن المبادله والمعاوضه، وقع بيعاً. ولو قال كذلك قاصداً الصّالح أو الهبة، فإنه وإن لم يقع بيعاً، لا يقع صلحاً أو هبة، لعدم كون الكلام صريحاً فيهما، فالاستعمال

ص: ١٠٣

مجازى، إذ وقوعهما منوط بالقول بكفائيه الألفاظ غير الصّريحه فى المعاملات المخصوصه، ولو شك فى قصد البيع أو أحد الأمرين، كان مقتضى أصاله الحقيقه على أن مقصوده البيع.

فقول صاحب الجواهر: من أنّ البيع هو الأصل فى تملك الأعيان...

يقول الشيخ: ليس مراده أصاله الحقيقه الجاربه فى موارد الشك كما ذكرنا، أى: متى شك فى أنه قصد البيع أو الصّيح والهبه، فالأصل المذكور يقتضى الحمل على البيع لأنه الحقيقه.

أقول: نعم، ليس مراده ذلك، بل لعلّ نظره إلى أنّ تملك الأعيان أعمّ من التملك الصّريح أو الضمنى أو الالتزامى، فتملك الأعيان معنى كلى ينطبق على البيع والصّيح والهبه المعوّضه، لوجود التملك فيهما ولو بنحو الضمّيه والالتزاميه، لكنّ لما كان الشائع فى تملك الأعيان بالعوض هو البيع، كان تملكها بالعوض ظاهراً فى البيع، فالمراد من «الأصل» هو «الظاهر».

لكنّ الشيخ لا يوافق على هذا، لأنّ حقيقه الصّيح هو التسالم، وحقيقه الهبه المعوّضه التملك المستقلّان، حيث يشترط أحدهما بالآخر وليس مقابله بين المالين، فالأصل محلّ تأمل بل منع، لأنّ تملك الأعيان ليس معنى كلىّ جامعاً بين المفاهيم، بل بينها تبين... وتملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير.

## كيفيه إخراج القرض

قوله:

بقى القرض داخلاً فى ظاهر الحدّ، ويمكن إخراجه بأنّ مفهومه ليس نفس

ص: ١٠٤

المعاوضه، بل هو تملك على وجه ضمان المثل أو قيمه لا معاوضه للعين بهما.

أقول:

لابد أولاً من بيان حقيقه القرض:

وهو في كلام الشيخ: تملك على وجه الضمان.

وقال المحقق الخراساني: المقصود من القرض هو التملك لا مجاناً بل بنحو الغرامه (١).

وقال شيخنا الأستاذ: هو تملك ما له بدل واقعاً، فيقصد بتملكه عدم المجانيه، لا جعله بأزاء شيء (٢).

وقال الفاضل الإشكوري - وهو يقرّر كلام أستاذه المحقق الرشتي - لا- معاوضه في القرض أصلاً، بل هو عباره عن تسليم تشخص العين مع بقاء ماليتها، بمعنى أن للعين وجه تشخص وماليه خاصه وجهه كليه وماليه كليه، فالمنتقل هي الماليه الشخصيه، وأمّا الكليه، فهي باقيه على ذمه المقترض برسم الأمانه، فلا- معاوضه في البين، نظير حكم الشارع بجواز التصرف في الملتقط ليحفظ في ذمته وإن ذهب تشخصها (٣).

قوله:

ولذا لا يجري فيه ربا المعاوضه ولا الغرر المنفي فيها ولا ذكر العوض ولا العلم به. فتأمل.

أقول:

إنه لا يقدح الجهل بكون الشيء مثلياً أو قيمياً، بل لو قال له: أقرضتك ما

ص: ١٠٥

١-١) حاشيه المكاسب: ٦.

٢-٢) حاشيه المكاسب ١ / ٧٢.

٣-٣) بغيه الطالب ١ / ٣٩.

فى الصندوق، وهو جاهل بمقداره، صحّ على الأصحّ.

والتحقيق: إن التملك أمر قصدى، وهو ليس بمقصود فى القرض، ويشهد بذلك كلمات أهل اللغة:

وفى المصباح المنير: «والقرض ما تعطيه غيرك من المال لتقضاه» (١).

وفى القاموس: «ما تعطيه لتقضاه» (٢).

وفى المفردات: «وسمى ما يدفع إلى الإنسان بشرط ردّ بدله قرضاً» (٣).

وفى مجمع البحرين: «هو إعطاء شىء لىستعيد عوضه فى وقت آخر» (٤).

مضافاً، إلى أنّ التملك لا يخلو من أن يكون بلا عوض أو مع العوض ولا ثالث، وحيث أنّ القرض ليس بهبه ولا معاوضه، إذ لا يلزم فيه ذكر العوض، فليس هو تملكاً من المقرض. وأيضاً، فما ذكر من الضمان، ليس من باب ضمان اليد، إذ ليس للمالك المطالبة بالشىء مع كونه موجوداً كما هو المشهور، كما لا يجب على المقرض دفعه، بل له أن يؤدى مثله أو قيمته حتى مع وجوده. وليس من باب ضمان الإلتلاف، لأنّ مورده إلتلاف مال الغير بدون إذنه، فلا يشمل القرض، ولو أريد الأخذ بضمان الإلتلاف، بمعنى أن يعطيه الشىء لأنه يضمّنه لو أتلّفه، لزم أن لا يكون مالكاً له وإنما قد أبيع له التصرف فيه، وإلا فلا معنى لضمان الإلتلاف فى ملك نفسه.

هذا بالنسبه إلى كلام الشيخ.

ص: ١٠٤

١-١) المصباح المنير: ٤٩٧.

٢-٢) القاموس المحيط ٢ / ٣٤٢.

٣-٣) المفردات فى غريب القرآن: ٤٠٠.

٤-٤) مجمع البحرين ٤ / ٢٢٦.

وأما ما ذكر من الغرامه، فالأمر أشكل، لأن الغرامه هي الخساره، ولا موضوع لها في القرض.

وأما ما ذكره شيخنا الأستاذ، من أنه تمليك ما له بدل واقعاً، ففيه: أنه لو قال ماله بدل بحسب الاتفاق بين الطرفين لكان أولى، على أنه يسأل: هل هذا البدل بنحو الغرامه أو العوض؟ وكلاهما غير تام.

فالقرض: إعطاء الانسان المال إلى الغير، بجعله في عهده مع قطع إضافته إلى نفسه، وهذا هو المناسب لمفهوم القرض لغه، فإنه في اللغه بمعنى القطع، ومنه الحديث: «قرضوا لحومهم بالمقاريض» (١)، ولازم ذلك تملك الغير الآخذ له، والعهده أعم من العين وبدلها (١).

ص: ١٠٧

---

١-١) ذكره صاحب مجمع البحرين في «قرض» ٤ / ٢٢٧، قال: أي قطعوها.



قوله:

ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معانٍ آخر غير ما ذكر:

أحدها: التمليك المذكور، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري... .

أقول: أمّا البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول، فالظاهر أنه ليس مقابلاً للأول... .

أقول:

هذه المعاني ذكرها الشيخ كاشف الغطاء قدس سرّه (١). قال الشيخ:

ولعلّه لتبادر التمليك المقرون بالقبول من اللفظ، بل وصحّه السلب عن المجرد، ولهذا لا يقال: باع فلان ماله، إلّا بعد أن يكون قد اشتراه غيره، ويستفاد من قول القائل: بعت مالى، أنه اشتراه غيره، لا أنه أوجب البيع فقط.

وبعبارة أخرى: إذا كان البيع إنشاءً تمليكٍ عينٍ بمال، فإنه يتبادر منه التمليك الحقيقي، فيكون هناك تملك لا محاله، وإلّا كان تمليكاً إنشائياً.

وبالجملة: فإنّ التمليك الحقيقي - وهو المتبادر - لا ينفك عن تملك المشتري.

وهذا المعنى الحقيقي هو المقصود أيضاً من الانتقال في المعنى الثانى، أى: الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول، وهو الإنتقال.

وقوله في المعنى الثالث: «حتى الإجاره وشبهها...» معناه: أن لفظ «بعت»

ص: ١٠٩



يكون في البيع جزءاً من العقد، لأنه إيجاب، وكذا «صالحت» في الصلح و«أنكحت» في النكاح. أما في الإجاره، فإن قوله: «آجرتك» ليس جزءاً من عقد الإجاره، لأن الإجاره ليست مصدر آجرتك وإنما هو الإيجار، بل الإجاره هي النتيجة الحاصله من الإيجاب والقبول، فهذا مراده من قوله:

«حتى الإجاره». وعلى الإجمال، يقول الشيخ بأن عناوين المعاملات - عدا الإجاره - هي من باب استعمال اللفظ الموضوع للجزء في الكل، أما في الإجاره، فالعنوان من باب استعمال اللفظ الموضوع للمسبب في السبب.

قلت: فإذا كان «البيع» نفس الإيجاب والقبول، فما معنى قولهم: كتاب البيع ويجب فيه الإيجاب والقبول؟

### الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الأول

ثم إنَّ الشيخ أشكل على المعنى الأول بما حاصله: عدم صحه أخذ قيد التعقّب بالقبول في معنى البيع المصطلح، وإنما هو فرد انصرف إليه لفظ البيع في مقام قيام القرينه على إرادته الإيجاب المؤثر - وهو ملكيه المشتري - الذي لا ينفك عن المؤثر وهو التمليك، لأنَّ التمليك مقوم بالملكيه - ولولاها لم يصدق - والملكيه الخارجيه منوطه بقبول المشتري، وذلك يكون بقيام القرينه.

فهنا مرحلتان، مرحله تأثير فعل البائع، وهو حصول الملكيه، لأنَّ الأثر لا ينفك عن المؤثر، ومرحله الخارج، ومن الجائر أن لا تحصل الملكيه في الخارج إلّا بعد القبول، فكان القبول شرطاً لحصول الملكيه الخارجيه لا أنه مقوم لمفهوم البيع، ولذا قال:

فالباع وما يساويه معنى من قبيل الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار كما

تخيَّله بعض. فتأمل.

أى: لأنه يعقل الانفكاك بين الوجوب والإيجاب خارجاً، مثلاً:

لو أوجب المولى شيئاً ولم تقم على المكلف حجة وأجرى البراءة عن التكليف، تحقَّق الإيجاب ولم يتحقَّق الوجوب، لأنَّ الوجوب عبارته عن ثبوت التكليف في ذمَّة العبد، ولا تحقَّق له إلَّا بقيام الحجة، فكان البعث من المولى حاصلًا من غير أن يكون انبعاث من العبد، لعدم قيام الحجة، وكذلك الحال - بناءً على القول بالواجب المعلق - حيث يكون الإيجاب من المولى متحقَّقًا، والوجوب غير موجود بل هو متأخَّر عن القيد المعلق عليه، فما نحن فيه من هذا القبيل، وليس من قبيل الكسر والانكسار، إذ لا يعقل الكسر خارجاً وعدم تحقُّق الانكسار.

هذا شرح كلام الشيخ، ويمكن تأييده بأنَّه: لو كان معنى البيع مأخوذًا فيه التعقُّب بالقبول، فإنَّ كلَّ مقيد يتوقف تحقُّقه على تحقُّق القيد، فلا تحقَّق للبيع إلَّا بعد القبول، لكنَّ قبول البيع متوقف على تحقُّق البيع، فيكون البيع متوقفًا على القبول، والقبول متوقفًا على البيع، وهذا دور.

إلَّا أنه ينبغي المزيد من الدقَّة:

إن المفاهيم تارة: جوهرية، كالماء والتراب ونحوهما من الموجودات الخارجيه، وهذه المفاهيم تارة لها وجود ذهني وأخرى وجود خارجي، وربما يحصل لها الوجود التنزيلي كما يقول السكاكي. والمفاهيم الجوهرية لا تقع في حيز الإنشاء.

وأخرى: هي مفاهيم عرضية، وهذه على قسمين:

فالقسم الأول: ما يفيد مفاد المصدر، أى: النسبة الناقصة، وقد يكون له وجود ذهني، وقد يكون وجود خارجي بمعونه القرينه، فالأكل والشرب

ص: ١١١

ونحوهما هي من المفاهيم العرضية الرابطة، إلا أنها موجودة في الخارج أولاً، فإن ذاك خارج عن حد المفهوم فيها.

والقسم الثاني: ما يفيد مفاد الماضي والمضارع والأمر، فالماضي يدل على أن العرض له نسبة تحققيه لموضوعه، مثل: أكل وشرب، ويكون لهذه النسبة وجود في الخارج لا- محاله وإلا- لم تكن تحققيه، لأن الحقيقة ترادف الوجود كما ذكر المحقق الطوسي رضوان الله عليه، وكذا غيره من المشتقات.

وثالثه: مفاهيم اعتبارية، كالزوجية والملكية، وليس لها وجود، غير أنها تقبل الوقوع في حيز الإنشاء، وهي دائماً بحاجة إلى مصحح الاعتبار، وهو قد يكون شرعياً وقد يكون عقلائياً، وإن جاز أن يقال بأن العقلاني شرعي أيضاً، غير أن الشارع قد يمضي اعتبار العقلاء وقد لا يمضي.

فالملكية أمر اعتباري، فإذا ملك داره لزيد، فقد اعتبر ملكيه الدار له، والعقلاء قد يمضون اعتباره وقد لا، والشارع قد يمضي اعتبارهم وقد لا يمضي.

إذا عرفت هذه المقدمه، ظهر لك أن تعقب البيع بالقبول بالنسبه إلى الملكية العقلانيه والشرعيه معتبر، إلفي الملكية القهرية، واعتبارها في البيع والشراء بدون تعقبه لا- مصحح له عقلاءً وشرعاً، ويبقى اعتبار المالك وحده، فهل يمكن الاعتبار منه والتملك المالكى حيث يعلم أن لا وجود خارجي للطرف المقابل، أو له وجود ولكن لا يسمع، أو يسمع ولا يريد القبول؟

وبعبارة أخرى: لا- ريب أن الإنشاء خفيف المؤنه، لأنه قصد لثبوت المعنى باللفظ، فيعتبر السماء - مثلاً - مالكا للدار ويقول: ملكت السماء، ولكنه في مقام الجد وإرادته تملك الغير جداً، هل يعقل التملك المالكى من

دون تحققٍ للقبول الخارجى؟

الإنصاف هو العدم، وإنّ التملك المالكى بنحو الجدد منوط بوجود قبولٍ فى الخارج، وبالتفات البائع إلى أن الطرف المقابل سيقبل، فالقول بتقوم مفهوم البيع بالقبول بعد الإيجاب قريبٌ جداً، والدور الذى ذكرناه يشبه الدور المعنى (١).

ص: ١١٣













قوله:

وأما البيع بمعنى الأثر وهو الإنتقال، فلم يوجد في اللّغه ولا في العرف، وإنما وقع في تعريف جماعه تبعاً للمبسوط، وقد يوجّه:  
بأن المراد بالبيع المحدود المصدر من المبني للمفعول، أعني المبيعيّه. وهو تكلف حسن.

ص: ١١٩

أقول:

قال شيخ الطائفة: البيع هو انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوضٍ مقدر على وجه التراضي (١).

والظاهر أنه أراد الانتقال الملكي الذي هو المسبب، فقد استعمل اللفظ الموضوع للسبب في المسبب، وإنما فالمبيعه هي المملوكة لا الملكية، فتعريف بالبيع بالانتقال تعريف للشيء الذي هو السبب بمسببه، نظير تعريف الشيء بلازمه، فهو شبيه للرسم.

### الكلام على اشكال الشيخ على المعنى الثالث

قوله:

وأما البيع بمعنى العقد، فقد صرح الشهيد الثاني رحمه الله بأن إطلاقه عليه مجاز لعلاقه السببية. والظاهر: إن المسبب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع... .

أقول:

حاصل إشكال الشيخ على هذا المعنى بناءً على مختاره في تعريف البيع هو:

أن الإيجاب والقبول سبب للملكية، أي: إن التمليك الذي يقصده المالك يحصل بواسطة الإيجاب والقبول، وليس البيع نفس الإيجاب والقبول. فقول القائل باعتبارهما هو بلحاظ أن المقصود من البيع هو ترتب الأثر في نظر الشارع، وهو المسبب من الإيجاب والقبول، وبهذا اللحاظ يقال: لزم البيع، وجب البيع، أقال البيع... وهكذا. وعلى الجملة، فالبيع هو إنشاء التمليك لا الإيجاب والقبول، وهذا هو البيع الاصطلاحي.

ص: ١٢٠

والحاصل: فإن المسبب عن العقد هو البيع الاصطلاحي حقيقةً أو مجازاً، أى المعنى الاسم مصدرى، وأما البيع بالمعنى اللغوى فهو النقل الإنشائي الحاصل من الموجب، ضروره أن المنشأ لا ينفك عن إنشائه بل متّحد معه (١).

ص: ١٢١



إشاره

قوله:

ثم إنَّ الشهيد الثاني نصَّ في كتاب اليمين من المسالك (١) على أنَّ عقد البيع وغيره من العقود حقيقه في الصَّحيح مجاز في الفاسد... وقال الشهيد الأوَّل في قواعده: الماهيَّات الجعليه - كالصَّيلاه والصوم وسائر العقود - لا تطلق على الفاسد إلَّا الحج (٢)...

أقول

ذهب الشهيد إلى أن عقد البيع وسائر العقود موضوعه لخصوص الصحيح، للتبادر وصحَّه السَّلب عن الفاسد - كما في تعبير الشيخ، وأما في عبارته المسالك فهو: عدم صحه السَّلب، وهو يرادف التبادر - ولأنه إذا قال:

بعت داري لزيد، فقد أقرَّ على نفسه، حتى لو ادَّعى إرادته البيع الفاسد لم تسمع دعواه إجماعاً، ولو كان اللَّفظ موضوعاً للأعم من الصحيح والفاسد، لسمعت دعواه وقُبل تفسيره بأحدهما، فمن عدم سماع ذلك منه يستكشف أنه موضوع لخصوص الصَّحيح. وكذلك الحال في سائر العقود، ولذا قال الشهيد:

الماهيات الجعليه... وظاهره - كما قال الشيخ - إرادته الإطلاق الحقيقي، إلَّا الحج، فإنه إذا قارب زوجته، قال جماعه: فسد حججه وعليه أن يحجَّ من قابل، وقال آخرون - ولعله الأصح - بصحَّه حججه، لكنَّ عليه الحج من قابل عقوبه (٣).

ص: ١٢٣

١-١) مسالك الأفهام ٢ / ١٥٩ ط الحجريه.

٢-٢) القواعد والفوائد ١ / ١٥٨.

٣-٣) وهو صريح صحيحه زراره. وسائل الشيعه ١٣ / ١١٢، الباب ٣ من أبواب كفارات الاستمتاع: الرقم ٩.

قال الشيخ:

ويشكل ما ذكرناه: بأن وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو «أحلّ الله البيع» وإطلاقات أدلّه سائر العقود في مقام الشكّ في اعتبار شيء فيها، مع أنّ سيره علماء الإسلام التمسك بها في هذه المقامات.

أقول:

وجه الإشكال في عدم جواز التمسك بإطلاق قوله تعالى «أحلّ الله البيع» ونحوه في مقام الشكّ في دخل شيء وجوداً أو عدماً واضح، لأنه إذا كان موضوعاً للصحيح المؤثر، كان مجرد احتمال دخل الشيء كافياً للشكّ في صدق عنوان «البيع» على ما وقع، وحينئذٍ لا يحرز الموضوع، فكيف يتمسك بالآية ويرتب الأثر على البيع ويحكم بحليته؟

ثم ذكر وجهاً لما ذهب إليه الشهيدان، والوجه لتمسك العلماء بالإطلاقات كما سيأتي.

وأقول: إنّ «الصحيح» قد يطلق في مقابل المعيب، وقد يطلق في مقابل التقييم، وقد يطلق في مقابل الفاسد، وربما يقال الصحيح في مقابل الناقص، فيراد منه الكامل، والمراد منه في قبال الفاسد - ولعله في غيره أيضاً - هو ما يترتب عليه الأثر المترقب منه، فيكون الفاسد ما لا يترتب عليه الأثر المذكور، فالموصوف بالصيحه والفساد يكون بالضرورة ممّا يمكن انفكاك الأثر منه، فأما ما لا ينفك عنه الأثر، فلا يعقل أن يوصف بالصيحه تارةً وبالفساد اخرى.

وعلى ما ذكرناه، فإنه إن كان تعريف البيع مبادله مالٍ بمال، فإنّ المبادله

يدور أمرها بين الوجود والعدم ولا تتصف بالصحة والفساد، وكذلك بناءً على أنه تمليك عين بمالٍ، لأنه إما حاصل وإما لا، ولا يمكن أن يقال: تمليك ولا ملكية، لأن النسبة بينهما نسبة الإيجاد والوجود، فالحقيقه واحده والإختلاف مفهومي، من جهة تعدد النسبه، فإذا نسب الأمر إلى الفاعل فهو تمليك، وإذا نسب إلى الشيء فهو ملكية، وكذلك الإيجاب والوجوب، ونحو ذلك.

والنسبه بين الصحة والفساد هي نسبة العدم والملكه، وما يكون أمره دائراً بين الوجود والعدم فالنسبه فيه نسبة السلب والإيجاب، و«مبادله مالٍ بمالٍ» و«تمليك عينٍ بمالٍ» من قبيل الثاني لا الأول، لأن المبادله أو التمليك إما موجود أو معدوم، فلا يصح أن يقال: هل حصلت الملكيه بعد التمليك أو لا؟ لأن عدم الملكيه عدم التمليك لعدم الإنفكاك بينهما.

فإذن، لا مجال للبحث عن أن البيع حقيقه في الصحيح أو الأعم، بناءً على التعريفين المزبورين.

نعم، يصحُّ البحث عن ذلك بناءً على مختار الشيخ في التعريف، لأن إنشاء تمليك عين بمالٍ، قد يؤثر في الملكيه وقد لا يؤثر.

ثم إن المشهور - والظاهر أن عليه الشيخ أيضاً، ولذا أشكل على التمسك بالإطلاقات، ثم وجهه بما سيأتي، وإلا لم يكن حاجه إلى ذلك كما سنوضح - أن الملكيه أمر ثابت في نفس الأمر، وكل من نظر العرف والشرع طريق إليه، فإذا قال الشارع ببطلان البيع الربوي، فقد خطأ العرف والعقلاء في الطريق إلى ذلك الأمر الواقعي.

ويقابله القول بأنها أمر اعتباري ولا واقعي لها أصلاً، وكل من بيده الاعتبار إذا اعتبر شيئاً، فإنه يتحقق في موطن الاعتبار، فإذا اعتبر العقلاء



الملكيه تقررت في موطن اعتبارهم، ثم الشارع قد يطابق اعتباره ذلك الاعتبار، فتتحقق الملكيّه الشرعيّه مطابقهً للملكيه العقلائيّه، وقد لا يوجد من الشارع الاعتبار المطابق لاعتبارهم، ولا تنتفي الملكيّه حينئذٍ، لأنّ المفروض وجود الملكيّه الاعتباريه.

وهذا القول هو الصّحيح.

إنما الإشكال بناءً على قول المشهور، لأنه إذا كان البيع موضوعاً للمؤثر في الملكيّه الواقعيّه ثم شكّ في اعتبار العربيّه مثلاً في عقد البيع، ولا ندرى هل العقد الفاقد لها يؤثّر أو لا، كان التمسك بالاطلاقات غير جائز كما تقدّم، بخلاف القول الثاني، فإنه بناءً عليه لا محذور في التمسك، لأنّ البيع موضوع لإنشاء التمليك المؤثر في الاعتبار العقلائي، والألفاظ موضوعه للمعاني العرفيه، وعليه، فمعنى الآيه المباركه: إنّ كلّ عقد كان مؤثراً في الملكيّه الاعتباريه العقلائيّه فهو حلال، فإذا قال: الغرر مفسد للبيع، فقد استثنى البيع الغرري من عموم ما أمضاه، لأنّ مقتضى الإطلاع مؤثريه كلّ بيع عقلائي، فيكون دليل المنع من البيع الغرري مخصّصاً ويخرج به هذا النوع من تحت العام.

فقول الشيخ: ويشكل ما ذكرناه... مبنئ على قول المشهور.

ثم قال الشيخ ما حاصله: البيع بالمعنى المصدرى عبارته عن النقل الحاصل من البائع والواقع في حيز الإنشاء، ويقابله المعنى الإسم المصدرى وهو حصول النقل في الخارج، ومراد البائع من قوله بعت هو المعنى على النحو الثاني ولو في نظره، فإنّ طابق الواقع كان صحيحاً وإلّا فهو فاسد، وأمّا الشارع، فإن كان مؤثراً في اعتباره كان بيعاً وإلّا فلا، فبيع الهازل - مثلاً - ليس ببيع عند العرف، وكذلك لو باع وقصد حصول الملكيّه ولم يؤثّر عند

وعلى هذا، فلا يتوجه على الشيخ ما أورده بعض الأكابر (١) من أن النقل الإسم مصدرى يدور أمره بين الوجود والعدم ولا يتصف بالصحة والفساد.

وبعبارة أخرى: إذا كان للملكية واقعيته، وكانت مؤثريته الملكيه الحاصله من المصدر فى تحقّق الملكيه الواقعيه، موجبه لانطباق عنوان الصحه عليها، وعدم مؤثريتها فى حصولها موجبه لاتصافها بالفساد، لم يتوجه الإشكال عليه.

ويبقى الكلام فى وجه التمسك بالإطلاقات فى كل مورد شكّ فى دخل شىء وجوداً أو عدماً فى المؤثريه، وينحلّ كلام الشيخ هنا إلى وجهين:

أحدهما: إن الشارع يخاطب العرف، وهو كأحدهم فى مكالماته ومحاوراته معهم، فمراده من البيع فى قوله «أحلّ الله البيع» هو ما يراه العرف بيعاً، كما هو الحال فى الألفاظ الأخرى من الماء والتراب وغيرهما، فمراده من البيع فى الآيه - وهو يكلم العرف ويتكلم بلسانهم - نفس ما يراه العرف بيعاً، فمعنى الآيه حيثئذ: إن النقل الملكى الحاصل من المصدر المؤثر عند العرف فى الملكيه الواقعيه، حلالٌ بالحليه الوضعيه.

والثانى: إن «أحلّ» تعبد من الشارع بالتأثير وجعله مؤثراً، فالبيع الذى هو مبدء المشتقات، هو الذى تعلق به الحلّ، أى جعل حلالاً ومؤثراً فى الملكيه الواقعيه.

وحاصل الوجهين: إن البيع لم يستعمل فى الآيه فى المؤثر فى الملكيه الشرعيه، بل هو مستحيل، للزوم إثبات الشىء بنفسه.

ولو فرض كون الحليّه بمعنى الترخيص لا- الحليّه الوضعيّه، فالأمر كذلك، إذ يكون المعنى: إنكم مرخصون في البيع الذي هو مؤثّر عندكم في الملكيّة، فلو لم يكن مؤثراً عندهم لم يعقل الترخيص فيه لهم، فالترخيص فيه ملازم لكونه مؤثراً، وليس الترخيص إلّا الإمضاء والقبول.

هذا بيان كلام الشيخ وهو المقصود يقيناً، خلافاً لبعض الأكابر حيث فسّره بنحو آخر غير مقبول عندنا.

وهذا كلّ بناءً على أنّ للملكيّة واقعيّه كما عليه المشهور، وحاصل الكلام بناءً عليه: إنه إن أثر ما صدر من البائع في الأمر الواقعي كان بيعاً وإلّا فلا- يكون بيعاً، ولذا يكون النهي من الشارع - كما في مورد الغرر والرّبا - بمعنى أن البيع الواقع من المالك غير مؤثّر، وإن كان مؤثراً عند العرف كذلك، كان الشارع مخطئاً للمالك والعرف في تلك الموارد؛ وحيث لا نهى منه فهو الإمضاء لما هو الموجود عند العرف.

وأما بناءً على أنّ لا- واقعيّه للملكيّة يكون نظر الشارع والعقلاء طريقاً إليها، بل هي أمر اعتباري ولا حقيقه لها وراء الاعتبار، كان البيع أمراً قائماً بنفوس العقلاء واعتباراً آخر قائماً بنفس الشارع، فإذا نهى الشارع عن الغرر مثلاً، فالملكيّة موجوده، إلّا أن الشارع لا يرتّب الأثر الشرعي عليها.

وهذا المبني هو الحق كما تقدّم، وعليه يصحّ التمسّك بالإطلاقات بكلّ وضوح، لأنّ لفظ البيع موضوع للمعنى اللّغوي أي الملكيّة العقلائيّه، فإذا أحلّه الله فقد أحلّ البيع الذي هو مؤثّر في الاعتبار العقلائي، فيكون للشارع اعتبار إلى جنب الاعتبار منهم، وإذا نهى عنه في موردٍ كان استثناءً عن العام أو المطلق الدالّ على حليّه جميع الأقسام، فإنّ اشترط للمؤثريّه شرطاً، أسقط

عن التأثير ما كان فاقداً لذلك الشرط، وهذا أيضاً تخصيصاً للعام (١).

ص: ١٢٩













المعطاء

ص: ١٣٥



قال الشيخ:

إعلم أنّ المعاطاه - على ما فسره جماعة - أنّ يعطى كلُّ من اثنين عوضاً عمّا يأخذه من الآخر.

أقول:

### تعريف المعاطاه

أى: إنّ المعطى يعطى الشىء عوضاً عمّا سيأخذه من الآخذ الذى يعطى عوضاً عمّا يأخذه، فالبايع يأخذ بعدد والمشتري يأخذ بالفعل.

وهذا الذى ذكره عبارته عن المعاوضه لا البيع بالتعاطى والمعاطاه البيعيه التى تسدّ مسدّ البيع بالصّيغه وتحلّ محلّه، فكأنّه بصدد بيان المعنى اللغوى للمعاطاه، إذ يتحقّق بإيجابين وقبولين، لأنّ كلّاً منهما يوجب بإعطائه ويقبل بأخذه، أمّا فى البيع المعاطاتى، فإنّ الإعطاء هو الإيجاب والأخذ هو القبول، فالمقوم له نفس الإعطاء للغير وأخذ الغير للشىء، سواء دفع العوض بالفعل أو لم يدفع، فلا مدخلية فى حقيقته لإعطاء المشتري، ولذا يتحقّق نسيئته، حيث يعطى أحدهما بعوضٍ يكون فى ذمّه الآخر إلى أجلٍ معيّن، وذاك يقبله بالأخذ، ويكون دفعه للعوض وفاءً لِمَا تعهّده.

فإن قلت: وفى النسيئته أيضاً، يكون الإعطاء مقوماً وإن كان بعد حين.

قلت: إذا يلزم فى النسيئته أنّ لا يكون الآخذ للشىء مالكاً له حين الأخذ، بل يملكه إذا حلّ الأجل ودفع العوض، فلو تعذّر عليه دفعه عند حلوله لزم

القول بعدم حصول الملكيه له فيما أخذه نسيئهُ، مع أنّ الأمر ليس كذلك، فإنه يملك الشيء من حين أخذه.

فالصحيح أن يقال بأن: المعاطاه أن يعطى أحدهما قاصداً التملك بعوضٍ ويأخذه الآخر.

فإن كان رحمه الله في مقام تعريف البيع بالتعاطى، توجه عليه الإشكال بعدم انطباق ما أفاده عليه، فلا بد من القول بأنه بصدد بيان المفهوم اللغوي، لا سيما بالنظر إلى قوله بعد ذلك: وهو يتصور على وجهين، أحدهما: أن يقصد الإباحه، لأن قصد الإباحه أجنبي عن البيع.

لكن يبقى عليه ما تقدم من أنّ هيئه المفاعله غير موضوعه لغه لصدور الفعل من الاثنين، وأنّ مدلولها صدور المبدء من الشخص متوجّهاً إلى الغير أعم من أن يصدر من الآخر كذلك أو لا- يصدر، كما في خاطب زيد عمراً، ووارى الميت وخادع بكرة... وهكذا(١).

ص: ١٣٨

قوله:

وهو يتصوّر على وجهين، أحدهما: أن يبيح كلّ منهما للآخر التصرّف فيما يعطيه من دون نظيرٍ إلى تملكه.

أقول:

فى هذا المعنى إعطاء ان وإباحتان فى التصرّف، وليس فى البين تملك، وهل هى إباحه مطلقه أو فى جهه خاصه؟ ظاهره الأوّل، فيعمّ الانتفاع والإتلاف والتصرّفات المتوقّفه على الملك، فيقع الإشكال بأنه: مع قصد الإباحه كيف يعقل جواز سائر التصرّفات المتوقّفه على الملك، كالبيع والوقف ونحوهما؟

اللّهم إلّما أن يقال: بأن هذه الإباحه فعليّه، ولما كانت مطلقهً وشامله لجميع أنحاء التصرّف، كان للإباحه هذه دلالة التزاميه على كونه وكيلاً من قبله فى تملك الشىء لنفسه، حينما يريد أن يتصرّف فيه التصرّف الموقوف على الملك (١).

ص: ١٣٩

قوله:

الثانى: أن يتعاطيا على وجه التمليك.

أقول:

ظاهره أن التعاطى على هذا الوجه هو الذى يحقق المعاطاه البيعيه، فيرد عليه: ما تقدم من أن المعاطاه البيعيه ليس «أن يتعاطيا»، بل إعطاء وأخذ وإلما يلزم أن يكون هناك تمليكان وقبولان. وبالجملة: المعاطاه إعطاء على وجه التمليك وأخذ على وجه التملك، وما ذكره غير منطبق عليها أصلاً.

قوله:

وربما يذكر وجهان آخران، أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحه المزبوره، بل يعطى شيئاً ليناول شيئاً فدفعه الآخر إليه. الثانى:

أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع.

أقول:

الوجهان ذكرهما صاحب الجواهر رحمه الله بعد الوجهين السابقين،

ص: ١٤٠

فالجوه عنده أربعه، قال فى الجواهر: «ثالثها: أن يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحه المزبوره، بل يعطى البقال - مثلاً - شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه إليه...» .

رابعها: أن يقصد الملك المطلق...» (١).

فأشكل الشيخ على الأول:

قوله:

ويردّ الأول: بامتناع خلوّ الدافع عن قصد عنوانٍ من عناوين البيع أو الإباحه أو العاربه أو الوديعه أو القرض أو غير ذلك من العناوين الخاصّه.

أقول:

تقريب الإشكال هو: إنّ هذا الإعطاء فعل تكوينى خارجى، والفعل لا يعقل أن يكون بلا داع، لأنّ الداعى من مبادئ الإراده، فإنّما هو انتفاع الطرف المقابل بالعين وكونها عاريه عنده، وإنّما هو كونها عنده أمانه، وإنّما هو التملك مع الضمان فيكون قرضاً، أو لا يكون تملك بل ترخيص فى التصرف فيكون إباحه. فلا بدّ من أحد هذه العناوين، ولا يعقل تحقّق الفعل منسليخاً منها. أمّا سائر العناوين، فلا مجال لاحتمال شيء منها، وأمّا التملك والإباحه، فقد ذكر أنّ لا قصد بالنسبه إليهما.

وعلى الجملة، الإعطاء الخارجى فعل اختيارى، وهو مسبوق بالإراده، وهى لا تكون بلا داع يكون هو الغرض من الفعل والعلّه الغائيه، وهو لا يخلو من عنوانٍ من العناوين.

والظاهر: أنّ هذا مراد الشيخ، لا ما ذكره السيّد - رحمه الله - من أنّ

ص: ١٤١



الجنس بلا فصلٍ لا يتحقّق (١).

إلّا أنه مع الدقّه والتأمّل في كلام صاحب الجواهر يظهر عدم ورود الإشكال عليه، إنه يقول: «أنّ يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحه... ولعلّ القائل باشتراط الصيغه في البيع يشرّعه أيضاً على جهه الإباحه التي هي الأصل فيما يقصد به مطلق التسليط، فغيرها

ص: ١٤٢

محتاج إلى قصدٍ آخر بخلافها، فإنه يكفي فيها قصد هذا التسليط المطلق» (١).

وتوضيحه: إنَّ الإعطاء الخارجي عبارته عن إيجاد السِّلطنة خارجاً، فهو برفعه اليد عن متاعه وإدخاله إياه تحت يد الطرف الآخر، يسلِّطه سلطنته تكوينيةً خارجيه عليه، وهذا العمل الخارجي يصلح لأنَّ يتعنون بشيء من العناوين، من البيع والهبة والعاريه وغيرها، لكنَّه لما يفعل ذلك لا يقصد شيئاً منها بل يريد جعل الشيء تحت تصرّف الآخر، ومثل هذا الفعل لا يكون عند الشرع والعقل إلَّا الإباحه.

وعلى هذا، فلا مجال لإشكال الشيخ عليه، لا بتقريب السيد، لأنَّ الفعل الخارجي أمر تكويني، وليس للأمر التكويني جنس ولا فصل، ولا- بتقريبنا، لأنه لو كان المقصود حصول عنوانٍ معيّن من العناوين لتوجّه عليه ذلك، لكنَّ المقصود نفس الفعل الخارجي، أعني رفع اليد عن الشيء وجعله تحت تصرّف المعطى وسلطنته، ليكون مقدّمه إعداديةً لفعل الطرف الآخر مثل هذا الفعل في حقّه (١).

ص: ١٤٣

وأشكل الشيخ على ثانی وجهی صاحب الجواهر:

قوله:

والثانی بما تقدّم فی تعريف البیع من أن التملیک بالعیوض علی وجه المبادله هو مفهوم البیع لا غیر.

أقول:

إشکاله علی هذا الوجه - وإن لم یمنعه كما منع الأول - غیر وارد كذلك، إذ لیس فی کلام صاحب الجواهر کلمه «العیوض». فإن کان مراده أن یقصد کلّ منهما الملیکیه المطلقه من غیر تقييد بخصوصیه الملیکیه الجامعه بین البیع و غیره من المملکات، لم یتوجّه علیه إلّا ما ذکره السید فی الوجه السابق من عدم معقولیه قصد الجنس بلا فصل، وحينئذٍ، یجاب عنه بما أفاده السید من الفرق بین الإنشاءات والتکوینات، ففی الإیجاد الإنشائی یمکن قصد الجنس بلا فصل، نظیر قولهم باستعمال صیغه الأمر فی جامع الطلب من دون خصوصیه الوجوب والندب.

وعلى هذا، یتحقق الفرق بین هذا الوجه والوجه الثانی من وجهی الشيخ قدّس سرّه (۱).

وهذا تمام الکلام فی تعريف المعاطاه وأقسامه.

ص: ۱۴۴

### إشاره

قوله:

ثم إنَّ المعروف بين علمائنا في حكمها، أنها مفيدة لإباحه التصرّف، ويحصل الملك بتلف إحدى العينين. وعن المفيد وبعض العامّة، القول بكونها لازمه كالبيع.

وعن العلّامة رحمه الله في النهايه احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحه التصرّف ولا بدّ أولاً من ملاحظه أنّ النزاع في المعاطاه المقصود بها الإباحه أو في المقصود بها التملك؟ الظاهر من الخاصّه والعامّه هو المعنى الثاني.

أقول:

ذكر الشيخ قدّس سرّه الأقوال في حكم المعاطاه، واستظهر أنّ النزاع هو في المعاطاه المقصود بها التملك، وهذا من الوضوح بمكان، إذ لا يعقل - مع فرضه في المقصود بها الإباحه - القول بإفادتها للملكيه اللّازمه، والقول بأنها بيع فاسد. فمحلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها التملك، وحينئذٍ، يقع الإشكال في أنه مع قصدهما التملك، كيف ذهب المشهور إلى إفادتها للإباحه المالكيه؟

ص: ١٤٥

وقد اختلفت الكلمات فى توجيه فتوى المشهور:

قوله:

نزل المحقق الكركى الإباحه فى كلامهم على الملك الجائر المترلزل، وأنه يلزم بذهاب إحدى العينين، وحقق ذلك فى شرحه على القواعد وتعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه.

أقول:

هذا الذى ذكره جامع المقاصد (١) متين فى نفسه، فإن الملكيه المقصوده تقع لكنّها بنظر الشارع غير لازمه مادامت العينان باقيتين، كما يقصد المتبايعان الملكيه منجزه، والشارع لا يحكم بلزومها بل يقول: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» (٢).

ومحصّل كلامه رحمه الله: إن المعاطاه فى كلمات الفقهاء هى المقصود بها البيع، ولولا ذلك لم يجوزوا التصرف مع أنهم قائلون بجوازه، وعليه، فهم يريدون من «الإباحه» معنى آخر غير المعنى المطابقى لهذه الكلمه. هذا من جهه. ومن جهه أخرى: يقولون بأنها تفيد الملكيه بمجرد تلف إحدى العينين، مع أنّ التلف ليس من الأسباب المملكه، فمرادهم من الإباحه هى الملكيه من أول الأمر. ومن جهه ثالثه: إباحه المقوله هنا فى جواز التصرف الذى هو من آثار الملكيه، ولو نفى الملكيه انتفى لازمها، وهو الإباحه

ص: ١٤٤

١-١) جامع المقاصد فى شرح القواعد ٤ / ٥٨ وانظر تعليقه الإرشاد: ٣٣٣.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨ / ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الرقم: ٣.

وجواز التصرف.

وبهذه الجهات الثلاثه يقول المحقق الثانى: إنَّ المراد من الإباحه ليس بالمعنى المصطلح بل هو الملكيه المتزلزله، وهذا التزلزل عنه فى الخيارات، إذ هناك يفسخ العقد وهو هنا جواز التراد، وجوازه موقوف على بقاء العينين، فإذا ذهب إحداهما استحال التراد، وسقط الجواز لعدم موضوعه وتستقر الملكيه.

وقد عثرنا على قائل بهذا قبله، وهو العلامة فى التحرير حيث قال:

«الأقوى أن المعاطاه غير لازمه، لكلّ منهما فسخ المعاوضه مادامت العين باقيه» (1).

لكنّ نسبه هذا القول إلى المشهور بعيده، إذ لا- وجه للتعبير عن الملك المتزلزل بالإباحه مع وضوح التقابل بين مفهوميهما. وأيضاً: فإنّهم لم يعبروا بالإباحه فى موارد الملكيه المتزلزله، فلا يقولون بالإباحه فى مدّه الخيار فى بيع الحيوان، وما لم يفترقا فى خيار المجلس، مع ثبوت الملكيه المتزلزله هناك، وإذ لا خصوصيته للمقام تقتضى التعبير فيه بالإباحه، وعدم تعبيرهم بذلك فى موارد الملكيه المتزلزله، يظهر أنّ ليس مقصودهم من «الإباحه» الملكيه المتزلزله (1).

ص: ١٤٧



قوله:

لكنّ بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه، التجأ إلى جعل محلّ النزاع هي المعاطاه المقصود بها مجرد الإباحه، ورجّح بقاء الإباحه في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، ونزل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحه على هذا الوجه، وطعن على من جعل محلّ النزاع في المعاطاه بقصد التمليك قائلاً: إنّ القول بالإباحه الخاليه عن الملك مع قصد الملك، ممّا لا ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم.

أقول:

مراده من «بعض المعاصرين» هو صاحب الجواهر قدّس سرّه، وهذا الذى ذكره عنه أبعد ممّا قال المحقق الكركي، إذ كيف تكون المعاطاه المقصود بها الإباحه هي محلّ النزاع بين الفقهاء، مع قول بعضهم بإفادتها الملك اللّازم، وقول آخر بأنّها بيع فاسد!

ص: ١٤٩



لكنّ المستفاد من كلام صاحب الجواهر - بل الظاهر - غير هذا الذي نسب إليه الشيخ، بل في الجواهر: إن القول بإفاده المعاطاه المقصود بها التمليك للإباحه لا ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم، فهو ينسب إلى المشهور القول بفساد هذه المعامله، لاشتراطهم الإيجاب والقبول اللّفظيين، ثم يستدرك قائلاً: بأنّ كلماتهم - بل كلمات غيرهم أيضاً - لا تأبى عن إفاده الإباحه حينئذٍ، بأن تكون هذه المعاطاه مؤثّرة في إباحه كلّ منهما التصرف للآخر في ماله على جهه المعاوضه... وأين هذا من جعل محلّ النزاع بينهم المعاطاه المقصوده بها مجرد الإباحه كما نسب إليه الشيخ؟ (١)

قوله:

والإنصاف: إن ما ارتكبه المحقق الثانى فى توجيه الإباحه بالملك المترزل، بعيد فى الغايه عن مساق كلمات الأصحاب... إلّا أن جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحه دون التملك أبعد منه، بل لا يكاد يوجد فى كلامهم أحدٍ منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى... .

والذى يقوى فى النفس: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، وأنهم يحكمون بالإباحه المجرّده عن الملك فى المعاطاه مع فرض قصد المتعاطين التملك، وأنّ الإباحه لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنما حصلت - كما اعترف به فى المسالك - من استلزام إعطاء كلٍّ منهما سلطته مسلطاً عليها الإذن فى التصرف فيه بوجه التصرفات.

فلا- يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدّم فى عبارته المتقدّمه، وحاصله: إن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحه التصرف... .

أقول:

منشأ هذا الإشكال - بعد أن كان محلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها التملك - هو منافاه قول المشهور بالإباحه لقاعدتى: «العقود تابعه للقصود» و«عدم جواز وقوع ما لم يقصد وقصد ما لم يقع»، لأنّ العقد معاهده وتقرير أمر بين الطرفين، فإذا لم يتبع العقد القصد لزم الخلف، فقاعده تبعيّه العقود للقصود أمر بين، لأنّ الإنسان إنّما يعاهد على ما هو المقصود له، وكذا المعنى فى القاعده الأخرى، إذ ليس المراد من «وقوع» هو الأمر الواقع منسوباً إلى المتعامل، بل المراد أن يقع منه ما يقصده، والإنسان لا يقع منه ما لم يقصده،

ص: ١٥١

لكون الإيقاع تابعاً للقصد، فيمتنع أن يقع منه أمر غير مقصودٍ له، فإذا كان غير مقصود فهو غير واقع منه.

هذا هو منشأ الإشكال، وهو لا يرتفع لا بما ذكره المحقق الكركي، لأنه بعيد عن ظواهر كلماتهم، ولا بما ينسب إلى صاحب الجواهر، ولا بما ذهب إليه المحقق الخراساني.

### رأى المحقق الخراساني

فإنه ذكر - بلحاظ القاعدتين المذكورتين - أن محلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها الملكيه، لكنّ الشارع لا يقول بأن الملكيه غير حاصله ليلزم تخلف ما وقع عمياً قصد، وإنما يقول بحصولها بشرط التصرف، نظير حكمه في بيع السليم، حيث يقصد المتعاملان حصول الملكيه في آن العقد، إلا أن الشارع لا يعتبر ملكيه الكلي المبيع إلا بعد قبض الثمن، وفي بيع الصرف يقصدان حصول الملكيه في الحال، إلا أن الشارع لا يعتبرها إلا بعد قبض الثمن والمثمن، وفي المقام: لا يُنفى اعتبار الشارع للملكيه حتى يلزم الخلف، بل يقال بكون اعتباره مشروطاً بالتصرف، وما لم يتصرف فالإباحه الضمنيه ثابتة.

هذا كلام المحقق الخراساني قدس سرّه (١)، والفرق بينه وبين كلام المحقق الكركي في حصول الملكيه في حين المعاطاه لكن متزلزله، وفي حصولها بشرط تحقق شرطها وهو التصرف. وفيه:

أولاً: إنّ الفقهاء القائلين بالإباحة لا يريدون الإباحة الضمّية، لأنّ هذه الإباحة هي الرضا بالتصرّف في ضمن الملكيه الحاصله بالنسبه إلى مال المعطى له لا مال المعطى نفسه، والرّضا بالتصرّف في مال المعطى له لا أثر له في حصول الإباحه.

وثانياً: إنّ هذا الذى ذكره لم يقل به أحد.

وثالثاً: - وهو الأهم - إنه لا دليل عليه.

### التحقيق فى المقام

لكنّ الذى أوقعهم فى هذا الإشكال وكثر فيه القيل والقال، هو: جعل «الإباحه» فى كلام المشهور إباحهً مالكيهً، فإنّها التى تنافى القاعدتين... فإذا جعلناها شرعيه ارتفع الإشكال... وبيان ذلك:

إن الملكيه أمر اعتبارى، والإعتبار زمامه بيد من له الإعتبار، والأمر الاعتبارى ليس له وجود خارجى، وإنما قيامه بنفس المعترى الذى له أهليه ذلك. ثم الملكيه إمّا عقلاييه وهى اعتبار عقلايى، وإمّا شرعيه وهى اعتبار شرعى، وهما ربما يتطابقان وربما يتخالفان.

والبيع المفيد للملكيه الشرعيه اشترط فيه شروط منها الإيجاب والقبول اللّفظيان، ولذا جاء عنوان «المعاطاه» فى الكتب الفقهيّه بعد الفراغ عن أحكام العقد اللّفظى، بلحاظ أنها فاقده للصّيغه، فيقولون هل تفيد الإباحه أو الملكيه؟

والمشهور - لاشتراطهم الصّيغه اللّفظيه - يقولون بأنّ الملكيه الشرعيه لا تحصل بالمعاطاه، أى إن الاعتبار الشرعى الموجود فى البيع بالصّيغه، غير موجود فى المعاطاه، كما هو غير موجود فى الصّيغه الفاقده لبعض

فهم يقولون فى المعاطاه المتداوله بين الناس التى تقع بينهم بقصد التمليك بأن هذا الفعل لا يفيد الملكيه الشرعيه عند الشارع - لاشتراطه الإيجاب والقبول اللفظيين فى البيع - فليس له هنا اعتبار على طبق الاعتبار العقلائي، لكن له اعتبار الإباحه فى التصرف، فهنا إباحه شرعيه لا مالكيه حتى يقال: بأن ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، فيضطر إلى حمل كلامهم على ما لا وجه لحمله عليه.

والدليل على هذه الإباحه الشرعيه هو: أنه فى البيع الفاسد - كالبيع الغررى مثلاً - يقولون بعدم حصول الملكيه وبعدم جواز التصرف فى العوضين، والوجه فى الحكم بعدم جواز التصرف فيهما هو أن التسليم والتسلم الحاصلين بعد العقد إنما حصلوا من باب ترتيب الأثر عليه، فالبائع يسلم المبيع إلى المشتري لكونه - أى المشتري - مالكاً له، فإذا تبين فساد العقد عند الشارع، ظهر أن المبيع لم يكن ملكاً للغير، فلا موضوع لهذا التسليم وجواز تصرف المشتري فيه.

أما فى المعاطاه، فالمال ملك للمعطي، يعطيه للغير بطيب نفسه وبقصد التمليك، فإذا تبين فساد المعامله - لكونها فاقده للصيغه - وعلم أن الشارع لا يرتب على هذا الإعطاء أثر البيع، لم يكن مانع من الترخيص الشرعى فى التصرف فيه، لأن المفروض كونه مسطاً للغير على ملك نفسه بطيب نفسه، وأن هذا المعنى باقٍ بعد حكم الشارع بعدم الملكيه، فيحكم الشارع بالإباحه، لتحقق موضوع حكمه وهو الرضا من المالك بتصرف الغير فى ملكه.

فإن قلت: فلم لا تأتى هذه الإباحه الشرعيه فى البيع الفاسد.

قلت: قد ذكرنا أنه فى البيع الفاسد إنما يعطى المال للمشتري بعنوان

كونه ملكاً للمشتري، فإذا أبطل الشارع البيع لم يبق موضوع للإعطاء ثم تصرف المشتري، بخلاف الحال في المعاطاه، فإنه يعطى ملكه للطرف الآخر بقصد التمليك، فإذا لم يرتب الشارع آثار التمليك على هذا الإعطاء، لم يكن مانع من أن يبيح للآخر التصرف فيه، لأن المفروض رضا المالك بهذا التصرف. فما قصد لم يقع لعدم شرعيته، وما وقع وهو الإباحه الشرعيه لم يقصد، لكن قصد - بإعطائه ماله الغير - إدخاله في حيز تصرف الغير وجعله تحت يده، فيجوز له التصرف بحكم الشارع.

وعلى الجملة: نقول: مراد المشهور من «الإباحه» في المعاطاه المتداوله المقصود بها التمليك هي الإباحه الشرعيه، بمعنى أن شرط حصول الملكيه شرعاً في البيع كونه بالصيغه اللفظيه، فإذا فقدت لم يعتبر الشارع الملكيه، لكن يتعدنا بالإباحه، لأن من يدخل ماله تحت يد الغير بطيب نفسه بقصد الملكيه، قد رفع يده عن ملكه، وإذا حكم الشارع بعدم حصول الملك حكم بالإباحه، لأن المال يحل للغير بطيب نفس مالكة.

ولا يرد عليه النقض بعدم جواز التصرف في البيع الفاسد.

لأن الرضا المقوم للبيع لم يمض شرعاً، ولا رضا آخر غيره، فلا يجوز التصرف.

ولا يقال: فقد سلم ماله للطرف الآخر.

لأنه إنما سلمه إياه بعنوان كونه مالكا للغير، وفي المعاطاه يسلمه حال كونه ملكاً لنفسه بطيب نفسه، وطيب النفس هو الملاك لجواز التصرف شرعاً.

فهذا هو التحقيق في بيان مذهب المشهور، ويمكن استفادته من كلام للشيخ في المبسوط - وإن حمله الأعظم على معنى آخر - وهذه عبارته بعد

بيان اشتراط الإيجاب والقبول:

«وكلّ ما جرى بين الناس إنما هي استباحات وتراض، دون أن يكون ذلك بيعاً منعقدًا، مثل أن يعطى درهماً للخباز فيعطيه خبزاً أو قطعةً للبقليّ فيناوله البقل، وما أشبه ذلك. ولو أنّ كلّاً منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك، لأنه ليس بعقد صحيح هو بيع» (١) والله العالم.

وعلى الجملة، فإن محلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها التمليك، وأنّ المراد من الإباحه هي الإباحه الشرعيه.

وبما ذكرنا ظهر النظر في كلمات الأعلام.

قوله:

لكنّ الإنصاف: أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم، فإنّ هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكيه ولم يساعد عليها دليل معتبر، واقتضى الدليل صحّه التصرفات المذكوره...

أقول:

يعنى: إن التزام الفقهاء بالملكيه آنأقياً في التصرفات المتوقفه على الملك في المأخوذ بالمعاطاه، أهون من حمل كلماتهم على الملكيه المترزله، فله أن يبيع ما يأخذه بالمعاطاه مع أنه لا- يبيع إلأفى ملك، وأن يوقفه مع أنه لا- وقف إلأفى ملك، وأن يطأ الجاربه مع أن الوطىء لا- يكون إلأفى ملك، وهكذا. وبالجملة، فإنه مع الشك في سببته المعاطاه للتصرفات، فإن الأصل هو العدم، لكنّ الدليل من الإجماع والسيره يقتضى جوازها، فيلتزم بحصول الملكيه في آن التصرف الملكى.

ص: ١٥٦

لكن، إذا قام الدليل على جواز التصرف مطلقاً، فإنه سيكون رافعاً للشك ويقتضى القول بالملك من أول الأمر، على أن الالتزام بالملك في آن التصرف وإن أمكن في مثل وطىء الجارية، لأن المحرم هو الوطىء في غير الملك ولا يشترط تقدم الملك على الوطىء، إلما أنه في مثل البيع غير صحيح، لأن البيع تملك الغير، فآن البيع آن ملكيه الغير - لأن التملك والملكيه واحد في الحقيقه - فإذا كان مالكاً للشئ في هذا الآن لزم اجتماع الضدين، وكذا في الوقف، لأن حقيقته الإخراج من الملك، فإذا قلنا بالملك في آن الوقف لزم اجتماع الضدين كذلك، فالصحيح هو القول بالملك من أول الأمر بمقتضى الدليل.

نعم، يمكن تصوير الملكيه آنامياً بأن يجعل آن الإيجاب غير آن القبول، فيكون الشئ في آن الإيجاب ملكاً للبائع وفي آن القبول ملكاً للمشتري، وكذا في الوقف... إلما أنه لا حاجه إلى هذا التكلف بل التعسف مع وجود الدليل.

### هل المعاطاه على القول بالإباحه بيع؟

قوله:

ثم إن المعروف بين المتأخرين: إن من قال بالإباحه المجردة في المعاطاه قال بأنها ليست بيعاً حقيقه، كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمه ومعقد إجماع الغنيه.

وما أبعد ما بينه وبين توجيه المحقق الثاني من إرادته نفي اللزوم. وكلاهما خلاف الظاهر. ويدفع الثاني تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار... وأما الأول...

ص: ١٥٧



أقول:

كان الأولى أن يدفع الأوّل: بأن الملكيه ليس لها واقعته، وإنما هي أمر اعتبارى، وكلّ أمر اعتبارى فقوامه بنفس المعترف ولا وجود له إلّا فى عالم الاعتبار، وإذا كان البيع موضوعاً فى الأمر الاعتبارى كانت المعاطاه المفيده لهذا الأمر الاعتبارى بيعاً كذلك، غير أن الشارع إذا اعتبر العقد اللفظى، كانت النتيجة أنه بيع فاسد لا أنه ليس ببيع.

وأما دفعه توجيه المحقق الثانى بما ذكره، فعجيب، لأنه يقول فى التنبيه السادس - كما سيأتى - بأنّ عنوان جواز الترادّ الثابت فى المعاطاه غير عنوان الفسخ الثابت فى سائر الموارد، بل هو نظير الرجوع فى الهبه. وعليه، فالبيع المعاطاتى هنا متحقّق، لكن الترادّ جائز.

وأيضاً، فإن صريح المحقق الثانى أنه يجوز التراد فى المعاطاه مادام ممكناً، فإذا تلفت إحدى العينين امتنع الترادّ ويكون لازماً. فمراده من اللزوم جواز التراد ومن عدم اللزوم عدم جوازه.

فما ذكره غير دافع لكلام المحقق الثانى، لأن الذى فيه هو التراد لا الفسخ، والشيخ نفسه قال بذلك فى التنبيه السادس، فالتراد جائز مع عدم الخيار.

ص: ١٥٨

إذا عرفت ما ذكرنا، فالأقوال فى المعاطاه على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستّ:

اللزوم مطلقاً... والّزوم بشرط كون الدالّ على التراضى أو المعامله لفظاً...

والملك غير اللّازم... وعدم الملك مع إباحه جميع التصرفات حتّى المتوقفه على الملك... وإباحه ما لا يتوقّف على الملك... والقول بعدم إباحه التصرف مطلقاً.

أقول:

قد اختار القول الأول من المتأخرين: الفيض الكاشانى والمحقّق الأردبيلى فى مجمع الفائده، وقد ذكر شيخنا الجدّ قدّس سرّه قولهما بالتفصيل، وأجاد فيما أفاد (1).

وتأمّله بالنسبه إلى القول الثانى فى محلّه، لأنّ اشتراط ذلك عباره اخرى عن عدم سببته المعاطاه للملكيه.

والقول السادس هو أنّ المعاطاه لغو، وكأنّ القائل به يريد أنها وإن كانت بيعاً عند العرف وتفيد الملكيه فى اعتبارهم، لكنّها فى اعتبار الشارع لا- تفيد الملكيه ولا الإباحه، فلا يترتب عليها أى أثر بل هى بيع فاسد، وهذا على القول بأنّ الملكيه أمر اعتبارى واضح، لأنّ جواز التصرف الذى يكون التمليك مقوماً له قد زال بعدم إمضاء التمليك، ولا وجه غيره لجواز التصرف، وأما على مسلك الشيخ - من أنه ليس للشارع اعتبار فى مقابل اعتبار العقلاء، بل الملكيه حقيقه واحده ونظر الشارع والعرف طريق إليها، ففى كلّ مورد وقع الخلاف بينهما، فإنه يخطأ العرف والعقلاء - فلا مانع من

ص: ١٥٩

أن تكون المعاطاه - لا سيّما في حالكون الطرفين عالمين بعدم المؤثريه شرعاً - مفيداً للإباحه المالكيه (١).

## المختار: حصول الملك

قوله:

وذهب جماعه - تبعاً للمحقق الثاني - إلى حصول الملك، ولا يخلو عن قوه.

للسيره المستمره على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك في التصرف فيه ... .

## الاستدلال بالسيره

### اشاره

أقول:

والاستدلال بالسيره للقول بحصول الملك بالمعاطاه والتصرف في المأخوذ بها بالعتق والبيع والوطىء وغير ذلك من آثار الملك، يكون على نحوين:

سيره المتشرعه بما هم متشرعه، فإن المرتكز في أذهانهم وعملهم على طبقه، يكشف عن تلقّيهام ذلك من الشارع، نظير الإجماع الكاشف عن رأى المعصوم، فإن حصلنا في المسأله على مثل هذه السيره من أهل الشرع، الملتزمين به في أفعالهم وتروكهم، كانت كاشفًه، ولا مجال لاحتمال كونها

ص: ١٦٠

ناشئه عن المسامحه وقله المبالاه فى الدين (١).

إلا أن الكلام فى المقام فى الصغرى (٢).

وسيره العقلاء، ولا- ريب فى قيامها فى ما نحن فيه، فإنّ بناءهم قبل الشرع وإلى الآن، على المعامله مع المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك، ولو لم تكن هذه السيره مرضيّه عند الشارع لردع عنها، لأن عدم الردع يكشف عن الرضا بها ومطابقتها لغرضه، وإلا يلزم نقض الغرض، نظير ما تقرّر فى حجّيه الطواهر.

وعلى الجملة، فإن العقلاء يتصرّفون التصرفات المتوقفه على الملك فى المأخوذ بالمعاطاه المقصود بها التمليك، مضموناً بالثمن المسمّى - لا بالمثل والقيمه - وليس ذلك إلاّ من جهه كونها بيعاً صحيحاً مملّكاً، والشارع كان يرى هذه السيره ولم يردع عنها، فهى بيع مملّك. هذا.

ص: ١٤١

ولا يتوهم: أن ما دلّ على أن لا يبيع أو وقف أو وطى إلأى ملك، رادع عن هذه السيره.

لأنّ تلك الأدله متأخره فى الرتبه، لأنها دلت على المنع من تلك التصرفات إلأى الملك، والسيره أفادت بأن هذا ملك، فليسا فى مرتبه واحده حتّى تتحقّق الرادعيه.

نعم، لو قام الدليل على عدم جواز التصرفات الملكيه فى المأخوذ بالمعاطاه، كأن يدلّ على أن المأخوذ بها لا يباع، أو قام على اعتبار الإيجاب والقبول اللفظين فى حصول الملك، بأن يدلّ على أن لا يبيع إلأى بالإيجاب والقبول، لكان رادعاً عن السيره، لكنّ المفروض عدم وجود دليل كذلك.

وهل يصلح دليل الاستصحاب بعمومه للرادعيه عن السيره المذكوره، إذ مع الشك فى إفاده المعاطاه للملكيه عند الشارع، نستصحب عدمها ويكون رادعاً عنها وتسقط بذلك عن الكاشفيه؟

وكذلك الكلام فى مبحث خبر الواحد، لأنّ من أدله حجتيه سيره العقلاء، وحجتيها منوطه بعدم الردع، وقوله تعالى: «إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً» رادع، فتسقط السيره عن الدليليه.

وهكذا فى مبحث الاستصحاب، حيث يستدلّ له بالسيره العقلانيه، فإنّه يمكن القول برادعيه الأدله الناهيه عن اتّباع الظن عن الأخذ بحاله السابقه.

والتحقيق: عدم الرادعيه فى الموارد المذكوره وتاميه الاستدلال بالسيره، لما أفاد المحقق الخراسانى فى الجواب (1) - وإن كان بين ما ذكره فى مسأله خبر الواحد ومسأله الاستصحاب، فرق - من أنّ جريان قوله عليه

ص: ١٦٢

السلام: «لا تنقض اليقين بالشك» يتوقف على أن لا تكون السيرة العمليه القائمه على مملكته المعاطاه ممضاه شرعاً، وكونها غير ممضاه من الشارع يتوقف على جريان «لا تنقض»، وهذا دور، فالرادعيه ممتنع.

فإن قلت: كون السيره ممضاه موقوف على عدم الرادع، وعدمه موقوف على عدم جريان الاستصحاب، وعدم جريانه موقوف على وجود السيره الممضاه، وهذا دور كذلك.

قلت: كون السيره ممضاه، غير موقوف على عدم جريان الاستصحاب، بل هو موقوف على عدم إحراز جريانه، لأن عدم إحراز الرادع كافٍ في الإمضاء، لكن جريان الاستصحاب لا يكفي فيه عدم إحراز الموضوع وهو الشك، وإحرازه منوط بكون السيره ممضاه، فيلزم الدور هناك ولا يلزم هنا.

وهذا جواب علمي دقيق.

ولكن الأدق والأمتن منه هو: إن قوله عليه السلام: «لا تنقض اليقين بالشك» من الظواهر، وحججه الظواهر ثابتة بالسيره العقلانيه، فلا مدرك لحججه دليل الاستصحاب إلا السيره، بخلاف المقام، حيث يوجد الدليل غير السيره أيضاً، وكذا في باب حججه خبر الواحد. وإذا كانت السيره القائمه على حججه الظواهر ممضاه، فالقائمه على المعاطاه ممضاه كذلك، إلا أن هذه حاكمه على تلك (١).

ص: ١٦٣

وتلخص: تماميه الاستدلال بالسيره العقلانيه (١).

ص: ١٦٤

قوله:

ويدلّ عليه أيضاً: عموم قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» ... بل قد يقال: بأنّ الآية دالّة عرفاً بالمطابقه على صحّه البيع لا مجرد الحكم التكليفي، لكنّه محلّ تأمل ... .

### **الاستدلال بقوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»**

أقول:

بعد أن ثبت أن المعاطاه بيع، وأنّ إنكار كونها بيعاً مكابره، فإنها تكون

ص: ١٦٥



صغرى لكبرى قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، و«الحلّيه» هذه بمعنى الترخيص، وفي مقابلها الحرمة وهي المنع وعدم الرّخصه، وهي الحلّيه التكليفيه، والبيع عباره عن: إنشاء تمليك عين بمال، كما تقدّم، فيكون معنى الآيه: أحلّ الله التصرفات المترتبه على البيع، فيعمّ المتوقفه على الملك، وتدلّ بالإلتزام على أنّ البيع يوجب التمليك، لأن تحليل التصرفات مستلزم لأن يكون بيعاً والمعاطاه بيع، فهي تفيد التمليك من أوّل الأمر.

والحاصل: إنه لما كانت الحلّيه تكليفيه وهي لا تتعلّق بالبيع، فلا بدّ من تقدير «التصرف»، فدلت الآيه على أنّ التمليك المالكى ووجود الملكيه مرخص فيه شرعاً. هذا تقريب الاستدلال بناءً على ما استظهره الشّرخ منها، وإنّ قال بالتالى:

فالأولى حينئذٍ التمسك فى المطلب بأنّ المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً.

لكنّ لقائل أن يقول بعدم وفاء الاستدلال على ما ذكر بالمدعى، لأنّ غايه ما تدل عليه الآيه هو الترخيص فى البيع، فمن أين يثبت الإطلاق فى البيع ليعمّ المعاطاه، وهو متوقف على كون الآيه فى مقام بيان الحكم الفعلى، وإذا كانت فى مقام التشريع فهى مجمله، والقدر المتيقن ما كان بالصّيغه؟

ويمكن الجواب: بأنّ الظهور الأوّل للقضايا المتعلّقه بالأحكام فى الكتاب والسّنّه، أنّ تكون لبيان الحكم الفعلى، إلّا إذا قامت القرينه على كونها للحكم للتشريعى، وعلى هذا الظهور تتحكّم أصاله الإطلاق.

هذا أوّلاً.

وثانياً: استدلال الإمام عليه الصّلاه والسّلام - فيما رواه الصّدوق والشّرخ - بالآيه المباركه، يفيد ظهورها فى الحكم الفعلى، فعن عمر بن يزيد

ص: ١٦٦

بياع السابري قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك، إن الناس زعموا أن الربح على المضطر حرام.

فقال: هل رأيت أحداً اشترى - غنياً أو فقيراً - إلّامن ضروره؟

يا عمر، قد أحلّ الله البيع وحرم الربا، فابح ولا تريب.

فقلت: وما الربا؟

قال: دراهم بدراهم، مثلين بمثل، وحنطه بحنطه مثلين بمثل» (١).

أقول: لكنّ الأولى في وجه الاستدلال أن يقال: إنّ الحلّيه إمّا تكليفيه بمعنى الرخصه والجواز، وإمّا وضعيه بمعنى النفوذ وأنّ الشارع قد اعتبر أنّ البيع قد وقع في محلّه. والمراد من البيع: إمّا هو المبدء الذي يسند إلى الفاعل في باع يبيع، وإمّا التمليك الإنشائي، وبناءً على تعريف الشيخ: إنشاء تمليك عين بمال.

فالوجه أربعة.

فإن كانت الحلّيه تكليفيه والمراد من البيع مبدء المشتقات، أي: البيع المسبّب والملكيه الحاصله، كان المراد ترخيص المسبّب وجوازه، وإن كان بما هو مسبّب غير مقدور بنفسه بل هو مقدور بالواسطه، ومعنى هذا الترخيص هو الوقوع، وذلك يرادف الصّحّه، إذ الفساد معناه عدم الوقوع، فلو كان مما لا يقع لم يكن معنى لتجويزه والترخيص فيه.

وإن كانت الحلّيه تكليفيه والمراد من البيع هو التمليك الإنشائي، فقد دلّ بالالتزام على مؤثريه إنشاء التمليك في الملكيه، وإلّا لزم تجويز أمر لغو.

ص: ١٦٧

---

١- ١) تهذيب الاحكام ٧ / ١٨، الباب ١ من أبواب التجارات، الرقم ٧٨ ونحوه في وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٣، الباب ٦ من أبواب الربا، الرقم: ٢.

وتلخص: إن الآيه الكريمه تدلّ - بناءً على الحليّه التكليفيه - على إفاده المعاطاه للملكيه، إمّا مطابقهً كما فى الوجه الأول، وإمّا التزاماً كما فى الوجه الثانى.

وإن كانت الحليّه وضعيه، والمراد من البيع هو المسبب، فالآيه تدلّ بالمطابقه على اعتبار الشارع الملكيه فى المعاطاه بعد الفراغ عن كونها بيعاً.

وإن كانت الحليّه وضعيه، والمراد من البيع هو السبب - أى التملك الإنشائى فإنّ حليّه البيع وضعاً ليس إلّا اعتبار المؤثريه، وهى ليست إلّا الملكيه.

فالآيه دالّه على المدعى بالوجه الأربعة كلّها.

وأما دعوى الإجماع فى كلام بعضهم على عدم كون المعاطاه بيعاً - كابن زهره فى الغنيه - فقد أجاب الشيخ بما حاصله: إنهم لا- ينفون أصل بيعه المعاطاه، فهى عندهم بيع لكنه ليس ببيع صحيح شرعى، إمّا أن لفظ البيع حقيقه فى الأعمّ من الصّحيح والفساد، فمرادهم - لا- محاله - هو المعامله اللّازمه التى هى احدى العقود، قال الشيخ: ولذا صرّح فى الغنيه بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحه البيع. ودعوى: أن البيع الفاسد عندهم ليس ببيعاً، قد عرفت الحال فيها(١).





## الاستدلال بقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً...»

قوله:

ومما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» .

أقول:

الظاهر من «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» أنها استعاره تخيليه، فشبه المال بالطعام وذكر لازم المشبه به وهو الأكل، والمراد منه - ظاهراً - هو

ص: ١٧١

الأتخاذ للنفس، والباطل ما يقابل الحق، «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» إذ التجاره عن تراض حق، والاستثناء متصل ولا محذور من جعله منقطعاً.

والتجاره - كما قال الراغب - «... طلباً للريح».

فالآيه المباركه داله بالمطابقه على مملكيه المعاطاه، لكونها تجاره بلا ريب، إذ التاجر يجعل رأس ماله فى مجرى الاسترباح، فكل معاطاه تجاره، والأكل التجارى مرخص فيه، فالأكل المعاطاتى مرخص فيه.

وإن كان «الأكل» بمعنى التصرف، دلت الآيه على جواز مطلق التصرفات، وإذا كان منها التصرفات المتوقفه على الملك، فهى داله بالالتزام على مملكيه المعاطاه (١).

ص: ١٧٢





إشارة

قوله:

وأما قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ، فلا دلاله فيه على المدعى، لأنَّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة، فهو إنما يجدى فيما إذا شك في أن هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك وماضيه شرعاً في حقّه أم لا؟... أمّا إذا...

شك في أنّ هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطى مع القصد، أم لا بدّ من القول الدالّ عليه، فلا... .

أقول:

وحاصل إشكاله: أن الحديث مسوق بإطلاقه لتشريع أنواع السلطنة لا لدفع شرطيه شيء يشك في دخله في تأثير نوع من أنواعها، فمع الشك في

ص: ١٧٤

شرطيّه الإيجاب والقبول اللفظيين في ترتّب الأثر على البيع، لا يجوز التمسّك به لرفع الشرط حتى تثبت سببّه المعاطاه للتمليك.  
وأشكل المحقق الخراساني بوجه آخر، فقال: وهذا في الحقيقة ردّ للاستدلال بالحديث لإفاده المعاطاه الملك، و ردّ على الشيخ في تجويزه التمسّك به لو شكّ في مشروعّيّه نوع من أنواع السّلطنه (١).

وأشكل المحقق الرّشتي - على ما نقل عنه مقرّره الفاضل الإشكوري - بأنّ مقتضى الجمود على الظاهر هو التسلّط على التصرف في موضوع المال، وإخراج المال عن الملكيه والمائيه الثابته للمالك ليس تصرفاً في المال (٢).

وحاصله: إنه مع التصرف التمليكى وإيجاد الملكيه للغير على ماله يكون الشىء ملكاً للغير، ولا يعقل أن يكون باقياً على ملكه، فلا يشمل الحديث هذا التصرف، خلافاً للشيخ.

ولبعض الأكابر إشكال آخر وهو: إن الملكيه علّه للسّلطنه، فإذا كانت السّلطنه علّه لزوال الملكيه، لزم عليه الشىء لعدم نفسه بالأخره، وهو محال (٣).

والتحقيق: صحّه التمسّك بالحديث، وذلك: لأنّ التسلّط عباره عن التمكن عن قهر - كما في المفردات ومجمع البحرين - (٤)، فالسّلطنه هي القاهريّه، وكون الناس مسلّطين على أموالهم معناه: أن زمام أمور أموالهم

ص: ١٧٥

١-١ (١) حاشيه المكاسب: ١٢.

٢-٢ (٢) بغيه الطالب ١ / ٥٦.

٣-٣ (٣) حاشيه المكاسب للمحقق الإصفهاني ١ / ١١١.

٤-٤ (٤) المفردات في غريب القرآن: ٢٣٨، مجمع البحرين ٤ / ٢٥٥.

بأيديهم، ولا دخل لإرادته أحد في ذلك، حتى لو كان للمسلط عليه إرادته أيضاً، كانت إرادته مندكة. هذا أولاً.

وثانياً: إن عنوان القاهريه من الأمور الوضعيه، والحديث في مقام جعله، لأن الظاهر في الخطابات الشرعيه أن تكون تشريعيه لا إخباريه، فالحديث مسوق لجعل هذا الأمر الوضعي.

وثالثاً: إن من آثار قاهريته للمال أن يكون له نقله من وعاء إلى وعاء آخر مع حفظ مالتيه، ولازم انتقال الشيء من محل إلى آخر عدمه في المحل الأول، وحينئذ، فإن الأمر العدمي غير متأثر عن شيء وإنما هو لازم الأمر الوجودي، وهو الانتقال إلى الغير، فلم يكن العدم معلولاً للسلطه.

ورابعاً: إن الإطلاق تارةً أفرادى، وأخرى أحوالى، فإذا قال: أكرم الإنسان، شمل بإطلاقه الإنسان بجميع أفراده وأصنافه من العربى والعجمى وغير ذلك، وبجميع أحواله من السفر والحضر والقيام والقعود وغير ذلك، لأن المفروض كون الموضوع طبيعى الإنسان، فإذا لم يشمل فرداً أو شمله ولم يشمل حالاً من أحواله، لزم الخلف.

وإذا عرفت هذه الأمور، ظهر لك معنى الحديث ودلالته على المدعى، لأنه أفاد قاهريه الناس لأموالهم، فلهم أن يملكوها للغير، والمعاطاه تمليك كالباع اللفظى - غير أنه بالفعل - ومقتضى الإطلاق شمول الإمضاء الشرعى المدلول عليه بالحديث لكلا نحوى التمليك، ولا يعقل أن يكون مطلقاً بالنسبه إلى بعض الأنواع ولا يكون كذلك بالنسبه إلى أحوالها، كما لا يعقل تخصيصه بنوع دون نوع أو حال دون آخر.

وعليه، فلا يعقل أن لا يكون الحديث نافياً لشرطيته شيء مشكوك في شرطيته، نعم، ينفيه بالالتزام لا بالمطابقه، لأن التسلط حكم وضعى مشروع

متوجّه إلى جميع أنحاء التملك، فيشمل التملك المعاطاتي، لكونه في حيز السلطنة المجهوله للمالك، ولازم ذلك نفي شرطيه كل شيء مشكوك في شرطيته، ولا يعقل عدم نفيه لذلك.

هذا بالنسبه إلى إشكال الشيخ.

وأما ما ذكره المحقق الخراساني، فعجيب جداً، لأنّ المحجوريّه تكون تارة للمالك، كما لو كان صغيراً أو مجنوناً، وأخرى: للملك كما لو كان وقفاً أو مرهوناً، ونفي الحجر يكون دائماً بنفي أسبابه وعمله، والحديث يثبت السلطنة، وأين هذا من الدلاله على نفي أسباب المحجوريّه؟

وأما ما ذكره المحقق الرشتي، ففيه: إنّ موضوعيه الإضافه التي ذكرها، إنما هي للتسلط لا للتصرف، وهذا هو معنى الحديث. وحينئذٍ، فعدم الموضوع في آن التصرف لا- ينفي وجوده في آن التسلط، فالموضوع حيث تكون السّلطنة محفوظ، والتصرف ينقل المال من مكانٍ إلى آخر من آثار السلطنة، وانعدام الإضافه في آن التصرف لا يضرّ بتحقيق السلطنة.

وأما الإشكال الأخير، فالجواب عنه هو: إنه لا ريب في أن الموضوع ذا نسبه اقتضاء بالنسبه إلى الحكم، لأنه دخيل في الملاك أو هو تمام الملاك له، فالسّلطنة المجهوله إنما جعلت لكون المال ملكاً. وأيضاً: السلطنة هي شرط تأثير الملكيه للغير، لكن ذلك لازم ارتفاع الملكيه لا أن هذا الارتفاع مسبب عن السلطنة، إذ لا يعقل أن يكون الأمر العدمي مسبباً عن الأمر الوجودي، إنما العدم من لوازم الأمر الوجودي، فلا مانع من أن تكون الإضافه الملكيه علّة للسّلطنة المجهوله، وهي شرط لتأثير التملك، لكن ملكيه الغير الحاصله بالسّلطنة لازمه لا مسببه، فلم يكن عدم الشيء معلولاً للشيء، ونظير هذا كثير، مثلاً: مديونيه الإنسان تقتضى وجوب أداء الدين،

ووجوب الأداء يقتضى الأداء، وبفعلتيه الأداء تنتفى المديونيته ولا محذور فى ذلك.

وبالجملة، فإنّ «أموالهم» موضوع للسّـلطنة، وشرطيته السّـلطنة لتأثير تمليك الغير بأنّ يكون لازمه انتفاء الإضافة الملكيه لا مانع عنها(١).

ص: ١٧٨









قوله:

وكيف كان، ففي الآيتين مع السيره كفايه. اللهم إلهما لا تدلان على الملك، وإنما تدلان على إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك...

وأما ثبوت السيره واستمرارها على التورث فهي كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه... فالأولى حينئذ التمسك في المطلب: بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً... .

أقول:

حاصله: عدم تماميه دلالة الآيتين على الملكيه من أول الأمر، وعدم تماميه السيره.

وقد ذكرنا أنّ الآيتين تدلان على الأمر الوضعي، وهو مؤثره البيع

ص: ١٨٢

والتجاره.

فقد قلنا فى آيه الحّل: أنّها تفيد مؤثريه البيع على كلّ تقدير، والمفروض أنّ المعاطاه بيع كما نصّ عليه الشيخ وغيره، فهى دالّه على أنّ المعاطاه توجب المملكه من أوّل الأمر.

وقلنا فى آيه التجاره: إنّ الأكل المنهى عنه كناية عن الأخذ للنفس، فلا يؤخذ المال للنفس إلابالتجاره، فالتجاره مفيدته للملكيه.

وأما السيره - والمراد منها السيره العقلائيه لا سيره المشرعه - فلا ريب فى انتهائها إلى زمن المعصوم ولا ردع عن هذه السيره.

فلاستدلال بالآيتين والسيره تام بلا إشكال.

كما أنّ الاستدلال بحديث السلطنه تام، والإشكالات مندفعه.

ولو تنزّلنا عن ذلك كلّه وقلنا: بأن المعاطاه تفيد الإباحه، فلا ريب فى أنّ الإباحه حكم مترتب على التصرفات، فكّل تصرف حتى المتوقف على الملك مباح، ففى حين المعاطاه تجوز جميع التصرفات وتباح للمالك، فإذا كانت الآيتان دالتين على الإباحه، وقد أضيفت إلى كلّ واحدٍ من التصرفات التى ستقع على المال، ومنها البيع والعتق وغير ذلك، فقد دلّتنا على التملك.

وكذا الكلام فى حديث السلطنه والسيره العقلائيه.

فالمعاطاه مملكه.

قوله:

مع إمكان إثبات صحّه المعاطاه فى الهبه والإجاره ببعض إطلاقتهما (١)، وتتميمه فى البيع بالإجماع المركّب.

ص: ١٨٣



أقول:

هذا الاستدلال لا أثر له، لأنَّ الإجماع المركَّب فيه ما فيه (١).

### **الاستدلال بقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»**

هذا، ولم يستدل الشيخ هنا بآية الوفاء بالعقود، مع استدلاله بها على لزوم المعاطاة.

والحق، صحَّه الاستدلال بها هنا كذلك، إذ ليس المراد من «العقد» فيها خصوص الإيجاب والقبول، لأنَّ العقد أعم، يقال: عقد القلب، وعقد زيد الإحرام... إنَّ العقد كما هو المتفاهم لغُه وعرفاً ما يقال له في الفارسيَّة «پيوستگی» و«بستگی». وفي صحيحه عبد الله بن سنان في الآية: «أى العهود» (١)، وما يكون بين البائع والمشتري من هذا القبيل، إذ كلُّ منهما يقزَّر

ص: ١٨٥

أن يكون ماله للآخر، وفي مقابله هو الإيقاع، فإنه الإيجاد.

ثم إن هذا العهد والالتزام المعبر عنه بالعقد، ينكشف باللفظ تارةً وبالفعل أخرى، فكلّ منهما يكشف عن المراد. فالمعاطاه عقد يكشف عن الارتباط بين البائع والمشتري، والوفاء بالعقد أو العهد أو النذر أو اليمين أو الوعد، معناه: ترتيب المقتضى على مقتضيه، ويقابله الخلف. وعليه، فالوفاء بالعقد - أى الارتباط بين البائع والمشتري فى التمليك والتملك - هو ترتيب الأثر والمقتضى على المواضعه الواقعه بينهما على ما حصل.

فتدلّ الآيه المباركه على وجوب ترتيب الأثر على التمليك، سواء كان بالإيجاب والقبول أو المعاطاه، ووجوب الوفاء هذا - وإن كان تكليفيّاً مولويّاً لا وضعيّاً - إلّا أنه يدلّ بالدلاله الالتزاميه على إمضاء الشارع هذا المعنى الوضعى الحاصل بينهما وتحققه عنده، وإلّا لم يعقل الحكم بالوفاء به.

فالاستدلال بهذه الآيه أيضاً على إفاده المعاطاه للملكيه، تام بلا إشكال(١).

## أدله القول باعتبار الصيغه

وذكر السيد رحمه الله (١) وجوه الاستدلال للقول بعدم إفاده المعاطاه للملكيه وأنه يعتبر الصيغه:

أحدها: الإجماع.

وفيه: إنه غير ثابت، وهو منقول، ومعلوم المدرك.

الثاني: بعض الأخبار المشتمله على ذكر الصيغه المدعى دلالتها على اشتراطها مثل:

قوله عليه الصيلاه والسّلام: «لا تشتتر كتاب الله عزّوجلّ، ولكنّ اشتر الحديد والورق أو الدفتين وقل: اشترت منك هذا بكذا وكذا» (٢).

وقوله عليه السّلام: «لا تشتتر كتاب الله، ولكنّ اشتر الحديد والجلود وقل: اشترى منك هذا بكذا وكذا» (٣).

وقوله عليه السّلام في خبر: «رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن... فقال البائع: قد بعتهك من هذا القصب عشرة آلاف طن. فقال المشتري:

قد قبلت ورضيت...» (٣).

أمّا الأخير، فلا مجال للاستدلال به.

ويبقى الأوّلان، فقد يتوهم منهما اعتبار اللفظ، وأنه لولا ذلك لقال الإمام عليه السلام: أعطه كذا وكذا وخذ كتاب الله... فمن قوله: «قل... الظاهر

ص: ١٨٧

١-١) حاشيه المكاسب ١ / ٣٣٧.

٢-٢) (٣ و) وسائل الشيعه ١٧ / ١٥٨، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الرقم ١ و ٢.

٣-٣) (٣ و) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٦٥، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع، الرقم ١.

فى الوجوب الشرطى - لأن الأوامر فى هذه الموارد ظاهره بالظهور الثانوى فى الشرطيه - يستفاد اعتبار اللفظ وعدم كفايه الفعل.

لكن فىه: إن الإمام عليه السلام فى مقام بيان أن القرآن المجيد لا يباع، وأن الذى يقع مورد المعامله هو الورق والجلد، فهما مسوقان لأمر آخر غير شرطيه اللفظ فى البيع، فلا يستدل بهما لهذه الجهه.

الثالث: ما ورد فى النهى عن بيع المنابذه والملامسه ونحو ذلك (١)، باعتبار أن ملاك النهى فيها هو عدم اللفظ، وهو موجود فى البيع المعاطاتى.

مضافاً: إلى أن المنابذه من النبذ وهو الطرح، وهو نحو من التعاطى، فأدله النهى عن هذه البيوع آتية فى المعاطاه بالملاك أو بالمطابقه.

وقد أجاب السيد وغيره: بأن البيع لم يكن بالنبذ أو اللمس ونحو ذلك، بل النبذ ونحوه إنما كان لتعيين المبيع (٢).

لكن الشيخ الصديق يقول: «المنابذه يقال: إنها أن يقول لصاحبه: انبذ إلى الثوب أو غيره من المتاع، أو أنبذه إليك، وقد وجب البيع بكذا....»

ويقال: إنما هو أن يقول الرجل: إذا نبذت الحصاه فقد وجب البيع، وهو معنى قوله: نهى عن بيع الحصاه.

والملامسه أن يقول: إذا لمست ثوبى أو لمست ثوبك، فقد وجب البيع بكذا. ويقال: بل هو أن يلمس المتاع من وراء الثوب ولا ينظر فيه فيقع البيع على ذلك.

وهذه بيوع كان الناس على عهد الجاهليه يتبايعونها، فنهى رسول الله

ص: ١٨٨

١-١) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٥٧، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع.

٢-٢) حاشيه المكاسب ١ / ٣٣٨.

صلى الله عليه وآله عنها، لأنها غرر كلها» (١).

فمن هذه العبارة يفهم أنّ النهي إنما هو من أجل لزوم الغرر، لا لأجل اعتبار اللفظ.

والرابع: قوله عليه السلام إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام (٢).

و«إنما» تدلّ على الحصر، والمعاطاه ليست بكلام، فهي لا تفيد حتى الإباحة.

وقد تعرّض الشيخ لهذا الخبر وذكر في معناه أربعة وجوه. لكنّ سيأتي أن معناه: أنّ لا أثر للمقاوله السابقه على البيع وأنّ المؤثر هو تنجيز البيع.

وعلى هذا - الذى سنذكره - لا مجال للاستدلال به لاعتبار اللفظ فى البيع، بل جميع الآثار تترتب على تنجيزه، وهو كما يحصل باللفظ يحصل بالفعل.

ص: ١٨٩

---

١-١) معانى الأخبار: ٢٧٨، وسائل الشيعة ١٧ / ٣٥٨.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٠، الباب ٨ من أبواب العقود، الرقم: ٤.



إشارة

قوله:

هذا، مع ما ذكر من أن التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه، لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه، ولذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد - في مقام الاستبعاد - أن القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين الملك والبيع، مستلزم لتأسيس قواعد جديدة.

منها: أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصور.

القاعدة الأولى

إشارة

أقول:

إن من المسلمات في الفقه أن العقد تابع للقصد، فإن لم تفد المعاطاة الملكيه يلزم انخراص هذه القاعدة.

والتبعيه تارة ماهويّه، وهي تبعيه المعلول للعلّه، وأخرى: تبعيه الشيء لشيء في أثره، فهل التبعيه هنا ماهويّه أو في الأثر؟

كلاهما جائز، فقد ذكرنا آنفاً في مفاد قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أن العقدية عباره عن الارتباط بين التملكين، حيث يقرّر الطرفان ويتعاهدان على أن يملّك كل منهما ماله إلى الآخر على نحو المقابله، وهذا المعنى لا يحصل بلا قصد، لكونه من الأمور الإراديّه.

إن قوام عقدية العقد هو القصد فلا يتحقّق إلبه، فالمعنى الأول صحيح.

ويصح أن نقول: بأن العقود تتبع القصور في تأثيرها، فالأثر الذي

يقصده الإنسان يفيد العقد، فهو يؤثر فيما قصد ولا يؤثر فيما لا يقصد، إذ لو أراد التأثير فيما لم يقصد لم تكن التبعية، فالتبعية في التأثير مستلزمة للأمرين الإيجابي والسلبي معاً.

وعلى هذا، فالإباحة التي يقول القائلون بها غير مقصودة، والملكية التي قصدها المتبايعان لم تقع. وهذا يناقض القاعدة المسلمة عند الكل.

هذا بيان ما ذكره كاشف الغطاء رحمه الله.

قوله:

أما حكاية تبعية العقود وما قام مقامها للقصد، ففيها: أولاً: إنَّ المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود....

أقول:

جوابه متين، وإن كان لا يخلو من إجمال، ولذا أشكلوا عليه، وحاصل كلامه:

إن المعاطاة عند القائلين بإفادتها الإباحة، ليست عقداً شرعياً ليكون سبباً للتمليك، ولا دليل على صحتها حتى تتم التبعية فيها، وإنما يقولون بالإباحة بها بدليل مستقل. وبعبارة أخرى: إنه ما لم يقدّم الدليل الشرعي على الصحة، فالعقد فاسد ولا يترتب عليه الأثر، والتبعية إنما تكون حيث يقوم الدليل على الصحة، ومع عدمه فلا مجال للقول بوقوع التخلف. وأيضاً، فإن المقصود من العقد في القاعدة هو العقد الكاشف عن التسيب والتسبب وهو اللفظي، والفعل ليس له هذه الكاشفية فليس بعقد.

وبما ذكرنا ظهر أنّ الشيخ لا يقول بإفادته المعاطاة للإباحة كالعقد اللفظي، فلا ضير في عدم تبعيتها للقصد، حتى يشكل عليه: بأن قاعدة التبعية تعم اللفظ والقول.

ص: ١٩١

كما لا- مجال حينئذٍ لقول المحقق الخراساني رحمه الله من: أنه يمكن أن يكون مقصود القائلين بالإباحة أن إفادة الملكيه مشروطه بالتصرف أو التلف، فالأثر غير منفسك عن العقد، غير أن الملكيه منوطه بحكم الشرع بشرط، كما هو الحال في بيع الصرف (١)... إذ لا تساعد كلماتهم على هذا التأويل.

قال: «نعم، إذا دلّ الدليل على ترتب أثر عليه حكم به وإن لم يكن مقصوداً» هذا كله في الجواب الأول.

قوله:

وثانياً: إن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير.

أقول:

مقصوده: إن هذا السنخ من التخلف - بمعنى أن لا يمضى الشارع ما قصده المتبايعان ويترتب حكم آخر على ما أوقعاه - كثير. أى: إنه تخلف صورة لا على حقيقته، وإن كانت عبارته موهمه لكنه لا يريد ذلك قطعاً.

فذكر من موارد النقض خمسة:

### النقض الأول

قوله:

فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضه إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين قيمه، لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم كما يقتضيه صحيحه...

وتوهم: أن دليلهم على ذلك قاعده اليد، مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم....

ص: ١٩٢

أقول:

لقد أجمعوا على الضمان بالقيمة في العقد الفاسد، مع أن مقصود المتبايعين هو الضمان بالمسمى، ولا يتوهم أنّ دليل الضمان قاعده اليد، وبيان دفعه بحيث لا يتوجّه عليه الإشكال (١) هو: إن تلك القاعده إنّما تجرى حيث يتحقّق موضوعها وهو «ما أخذت» وهنا لا يوجد الأخذ وإنما الإقباض من البائع، فلا موضوع للقاعده حتى تكون هي الموجه للضمان.

إنه لم يكن التملك من هذا بالمجان بل كان على نحو تضمينه بالبدل، وكان التملك من ذاك على أن أقدم على الأخذ بنحو ضمان البدل، ولما كان العقد باطلاً فخصوصية البدل المسمى فاسده عند الشارع، لكنّ انتفائها لا ينتج انتفاء سبب الضمان من أصله.

وبعبارة أخرى: إنّ الواقع إمّا هو التسبب بالعقد على شيء، بمعنى أن الإنسان يتسبب بالعقد للضمان بالقيمة، وهذا منتف هنا، لأن المقصود منهما لم يكن التضمن بالقيمة، وإمّا المسبب الذي قصده وهو التضمن بالمسمى، والمفروض إنه غير متحقّق، لفساد العقد. فيبقى الوجه الثالث وهو: سببه شيء لشيء، فالشارع يقول: المعامله الفاسده لها سببه وهي موضوع للضمان بالقيمة، وسرّ ذلك: عدم كون التملك مجاناً، بل كان بنحو التضمن، وألغيت الخصوصية وبقي الأصل، وضمان كلّ شيء بمثله أو ببدله أو بقيمته.

فيكون هذا نظير مورد المعامله بالمعاطاه، فكما أن العقد الفاسد موضوع للضمان بلحاظ عدم المجانيه - لكن بالقيمة بعد إلغاء الشارع كونه

ص: ١٩٣

---

(١ - ١) انظر: حاشيه السيد اليزدي ١ / ٣٤٩، حاشيه المحقق الإصفهاني ١ / ١١٦، المكاسب والبيع ١ / ١٤٤، مصباح الفقاهه ٢ /

بالمسمى - كذلك المعاطاه موضوع للإباحه بعد إلغاء الشارع إفادتها للملكيه.

## النقض الثانى:

قوله:

وكذا الشرط الفاسد، لم يقصد المعامله إلا مقرونه به، غير مفسد عند أكثر القدماء.

أقول:

إذا كان الشرط على خلاف الكتاب والسنة فهو فاسد ولا يلزم الوفاء به، لكن العقد صحيح، وعليه أكثر القدماء، مع أن المتعاملين قد أنطا المعامله بالشرط، فكان مقصودهما التمليك المقيد ولم يقع، ووقع التمليك المطلق الذى لم يكن مقصوداً لهما، فتخلف العقد عن القصد.

وقد ذكرنا أن هذا التخلف صورى ولا يضر بالقاعده المسلّمه، والسرّ فى ذلك هو: إنه لا يعقل أن يكون القيد قيداً للملكيه، إذ التقييد لا بدّ وأن يكون بأمر غير حاصل فعلاً، فإذا باع بشرط الكتابه مثلاً، لم يكن تقييد التمليك بها بمعنى القيد للملكيه، وإلا لزم عدم حصولها قبل حصول الكتابه، إذ لا يعقل تحقّق المقيد قبل حصول القيد، والمفروض صحه المعامله، فالشرط إنما هو عباره عن الالتزام فى ضمن العقد، لا أن مضمون العقد مقيد به.

وكان الميرزا الأستاذ رضوان الله عليه يقول: بأنّ الإنسان لمّا يبيع الشىء يكون ثباته على المعامله وإلتزامه بما فعل، مملّكاً للطرف، فهو يمامك التزامه لصاحبه ويجعله مسلطاً على التزامه، لكن هذا الالتزام - عندما يُجعل فى العقد شرطاً - منوط بقيام طرفه بالشرط، وإلا كان إلتزامه باقياً

ص: ١٩٤

تحت تصرّفه.

فالتخلّف عن الشرط بصورةٍ كليّةٍ - أي سواء كان فاسداً أو صحيحاً لكن لم يف به الطرف - يوجب الخيار، فله أن يفسخ العقد ويحلّه (١).

### النقض الثالث

قوله:

وبيع ما يملك وما لا يملك صحيح عند الكلّ

ص: ١٩٥

أقول:

قال المشهور - بل الكلّ - بأنّ البيع يقع فيما له ويكون بالنسبة إلى ما لغيره موقوفاً على إجازة المالك، فإن لم يجرز كان للمشتري خيار تبعض الصفقة، فالبيع يقع فيما يملك فقط، مع أن المقصود هو بيع المجموع بما هو مجموع.

وبعبارة أخرى: قد قصد بيع الكلّ، والذي وقع بيع الجزء - والجزء يغاير الكلّ - فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد.

ولكن هذا لا ينقض القاعدة، لأنّ الحلّ هو: أنه قد أنشأ التمليك، وهو إنما يؤثر في المورد القابل، والقابلية هنا إنما هي لما هو مملوك له دون غيره.

وبعبارة أخرى: إنّ الأمور المتعدّدة لا يعقل قيام الملكيه الواحده بها، فإنّ شأن الملكيه هنا شأن العرض، ولا يعقل قيام العرض الواحد - لبساطته - بالمتعدّد، فعندما يبيع عشره أشياء - مثلاً - يوجد في الحقيقة عشره ملكيات، فلو كان بعض المبيع غير مملوك له، فقد ملك المملوك وغيره بملكيتين، لكنّ أحدهما النافذه شرعاً تتحقّق، والأخرى غير النافذه شرعاً لا تتحقّق.

فالمقصود - وهو إحدى الملكيتين المتعلّقه بما يملك - واقع، والمقصود الآخر بلحاظ أنه لم يكن ملكاً له، غير واقع (١).

ص: ١٩٦





قوله:

وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير.

أقول:

إنّ الذى وقع عليه العقد هو البيع لنفسه حتى يدخل العوض فى ملكه، لكنهم يقولون بوقوع العقد للمالك وكون العوض له، فما قصده الغاصب لم يقع وما وقع لم يقصده.

وحلّ المطلب هو: إنّ الغاصب تاره: غير قاصد للمعامله ولا ينشئ البيع، وقوله: بعتك هذا، كلامٌ صورى، ومثله خارج عن محلّ الكلام وليس بموضوع للإجازة.

وأخرى: يقصد التمليك وينشؤه حقيقةً لنفسه، وهنا قولان:

أحدهما: فساد المعامله وأنه لا أثر للإجازة من المالك، إذ لا يعقل القول بحصول الملكيه للغاصب لأنه ليس بمالكٍ للشىء، ولا للمجيز، لأنه إنما يجيز العقد الواقع وقد وقع للغاصب، فلو أجازة المالك لم يقع البيع له بل الغاصب.

والثانى: وهو المشهور: إنه يكون للمالك بإجازته. فيقع الكلام فى تصويره:

قال الشيخ - وقربه الميرزا الأستاذ (١) - بأنّ الغاصب لما يبيع الشىء يدعى كونه ملكاً له، فهو يبيعه بناءً على أنه المالك، فأما حيثه كونه المالك فلغو، وأما حيثه كون البيع عن المالك، فتتوقف على الإجازة، فإذا أجاز

ص: ١٩٨

المالك أثرت أثرها ويكون البيع له.

وقال السيد (1): إن البيع عبارته عن مبادله مالٍ بمال، وليس في البين تعرّض للمالك، كما ليس لحيثه المالكه دخل مطلقاً في حقيقه البيع، فإذا أجاز المالك فقد أنفذ المبادله الحاصله ويقع البيع له.

أقول: وكلامه - بحسب الظاهر - جيّدٌ ولعله مقبول عند غيره أيضاً، إلّا أنّ الذي أخذته من شيخنا الأستاذ رحمه الله - وإن كان لل عمر وفاء بينته بالتفصيل في بحث الفضولي - هو: إنّ بدليته الشيء عن الشيء والمبادله بينهما يحتاج إلى محلّ، لأنّ البدليته ليست بمهملهبل هي في شيء، وهو هنا الملكيه، والملكيه ربط قائم بين المالك والمملوك، والغاصب عندما يبيع إنّما يبذل المال بمالٍ في الملكيه التي يراها لنفسه، فما ذكره الشيخ هو الصحيح.

وعلى المسلكين، فإن البيع يقع للمالك الحقيقي، فلم يخرج المورد عن القاعده، لأنّ الغاصب قد قصد البيع للمالك، وقد وقع بالإجازة للمالك، فما قصد قد وقع ولا تخلف.

والتحقيق: عدم صحّه التقريبين كليهما، وبيان ذلك باختصار هو:

الواسطه تارة: هي في الثبوت، وأخرى: في العروض، فإنّ كان للوصف العنوانى وساطه في ثبوت الحكم على الموضوع - والمقوم للموضوع هو الذات - فهو الواسطه في الثبوت، وإنّ كان له دخل في الحكم والمحمول المترتب على الموضوع، فهو الواسطه في العروض.

فإذا باع الغاصب لنفسه، كانت حيثه المالكه الإدعائيه واسطه في

ص: ١٩٩

الثبوت لا- في العروض، لأنه يبيع الشيء بعنوان أنه هو المالك، لا- أنه يبيعه عن المالك ليقال أن البيع قد وقع للمالك غير أنه يدعى كونه هو المصداق وادّعاؤه لغو.

فالحل الصحيح يبتنى على ما ذهب إليه شيخنا الأستاذ في تعريف البيع من أنه عبارة عن تمليك شيء بشيء، فإنه إذا أجاز المالك فقد أجاز هذا المعنى، فيقع للمالك. والتفصيل في محله.

وتلخص: أن ما ذكره الشيخ ليس نقضاً.

### النقض الخامس

قوله:

وترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الإنقطاع يجعله دائماً على قول... .

أقول:

هذا هو المشهور وبه نصّ (١)، وإن قال المحقق الخراساني في فوائده (١): إذا لم يذكر الأجل في العقد المنقطع لا ينقلب دائماً، ويحمل النصّ على معنى آخر، مع كونه على القاعده وعليه المشهور، كما ذكرنا. وحلّ المطلب خلافاً له هو:

ص: ٢٠٠

إنّ الزوجية حقيقه واحده ومعناها النكاح، والدوام ليس قيلاً لها بل هو عباره عن عدم ذكر الأجل، فإذا تحققت الزوجية دامت، ودوامها عباره عن وجودها وثباتها، والمدّه تحتاج إلى قصدٍ آخر ولا بدّ من إظهارها، فما لم تظهر المدّه - التي هي محدده للزوجيه - كانت الزوجيه المقصوده على حقيقتها. فالمقصود واقع ولا تخلف (١).

هذا تمام الكلام على القاعده الأولى.

ص: ٢٠١

أن الدوام لا يحتاج إلى قصدٍ.

## القاعده الثانيه

قوله:

ومنها: أن يكون إرادته التصرف من المملكات...

أقول:

القاعده الثانيه التي ذكر بعض الأساطين يلزم تأسيسها بناءً على القول بأن المعاطاه تفيد الإباحه دون الملك هو: أن يكون إرادته التصرفات من المملكات.

وذلك: لأن التصرفات التي تقع من المتعاطيين جائزه مطلقاً، إلّا أنها تنقسم إلى قسمين، فمنها: لبس الشيء أو ركوبه أو الجلوس عليه ونحو ذلك، ممّا لا يتوقف على أن يكون المتصرف مالكاً. ومنها: ما يتوقف على ذلك، كأن يوقف الشيء، أو العبد يعتقه، أو الجاربه يطؤها، لأنه: لا يبيع إلّا في ملك، ولا وقف إلّا في ملك، ولا عتق إلّا في ملك أو بعد ملك - كما في الخبر - ولا وطى إلّا في ملك، فإذا لم تفد المعاطاه الملكيه، فلماذا جازت هذه التصرفات، ولم يخطر ببال المالك الإذن في شيء منها، وإنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلّا بإذنه؟

فالقول بجواز تلك التصرفات يستلزم أن يقال بأن إرادته التصرف سبب لمالكيه المتصرف. وهذه قاعده جديده.

ثم إن الشيخ أجاب عن سؤال مقدّر بقوله:

بخلاف من قال: أعتق عبدك عنى وتصدّق بمالى عنك.

وذلك: لوجود الإذن منه في هذين الموردين، لأنه في الحقيقه إذن في التملك في الأول ثم العتق، وفي التملك ثم التصدّق في الثاني.

ص: ٢٠٢

ثم إن ما ذكره في الموردين، مبنى على أن يكون المعتق عنه والمتصدق عنه مالكا، وأما بناءً على عدم اعتبار ذلك - كما في بعض النصوص في العتق والتصدق عن الميت - فلا مجال لما ذكر. ووجه الترديد حيث قال:

بإرادته التصرف أو معه.

هو: إن من التصرفات ما لا يعتبر فيه سبق الملكية على التصرف، مثل وطيء الجارية المأخوذة بالمعاطاه، فيمكن أن يكون مالكا لها في آن الوطيء، بخلاف مثل البيع، فإنه لا يعقل المالكيه في آن البيع، لأن تحققها في هذا الآن يستلزم الجمع بين الضدين، فإذا تحقق ملكيه الغير لم يعقل تحقق الملكية لنفسه فيه، وكذا في العتق، فإنه يلزم تأثير الشيء في المتناقضين، لأن العتق سبب زوال الملك، فإذا قلنا بحصول الملكية في حينه، لزم الجمع بين تحقق الشيء وزواله وهو محال، ففي مثل هذين الموردين، لا بد من اختلاف الآنين.

فإن قلنا بأنه في الآن الأول ملك، وفي الثاني باع أو أعتق أو ملك في آن التصرف كما في الوطيء، لزم الالتزام بقاعده جديده هي مملكته الإراده.

إذن، لا بد من القول بإفاده المعاطاه من أول الأمر.

هذا بيان مراد الشيخ الكبير، وسأزيده بيانا فيما بعد.

وقد أجاب الشيخ عن ذلك بقوله:

وأما ما ذكره من لزوم كون إرادته التصرف مملكا، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل ودليل جواز التصرف المطلق وأدله توقف بعض التصرفات على الملك....

وحاصل كلامه: الالتزام بمملكته الإراده وعدم استلزام ذلك تأسيس قاعده جديده، فكلامه ناظر إلى الجهتين، فما في كلام بعضهم من أنه

ص: ٢٠٣

لم يُجب عن استلزام تأسيس قاعده جديده، ليس فى محله. وقد جاء فى كلامه ثلاثه أمور:

أحدها: إنه لا دليل على إفاده المعاطاه الملكيه، ومقتضى الإستصحاب بقاء المأخوذ بها فى ملك مالكه.

والثانى: إنه قد قام الدليل على جواز مطلق التصرفات فى المأخوذ حتى المتوقفه على المالك.

والثالث: إنه لا بيع إلفى ملك، وكذا العتق والوطى... .

وهذه الأمور تدلّ - بدلاله الإقتضاء - على كون إرادته التصرف أو التصرف موجباً للملك، لأننا إن قلنا: بأن التصرف أو إرادته غير مملّك، لزم بطلان: لا بيع إلفى ملك ونحوه، وإن قلنا: بأن التصرفات المتوقفه على الملك غير جائزه، لزم ردّ السيره وغيرها من الأدله القائمه على حليّه تلك التصرفات وغيرها، وإن قلنا: إن المعاطاه توجب الملكيه، فالمفروض عدم الدليل عليه. فيستكشف من هذه الأمور أنّ إرادته التصرف - أو نفس التصرف - موجب للملكيه. ولا بدّ حينئذٍ من الالتزام بكون: لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلاّ بإذنه، ونحوه من الأدله، مخصّصاً بالدلاله الاقتضائيه المذكوره.

قوله:

فيكون كتصرف ذى الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطى والبيع والعتق وشبهها.

فما نحن فيه نظير تلك الموارد، فإنّ ذا الخيار يدخل مال الغير فى ملكه عملاً، وكذا الهبه لغير ذى رحم مع بقاء العين، فلا يكون ما ذكره هنا فى المعاطاه شيئاً جديداً.

ص: ٢٠٤

أقول:

لكن الإنصاف عدم تمامية التنظير المزبور، إذ فرق بين حصول الملكية بالتصرف أو إرادته، وبين ارتفاع سبب ملكية الغير - وهو العقد - بالتصرف، وتصرف ذي الخيار والواهب من قبيل الثاني. فالحق أن ما نحن فيه لا نظير له (١).

ص: ٢٠٥



قوله:

ومنها: أن الأحماس والزكوات والاستطاعه والديون والنفقات وحق المقاسمه والشفعه والمواريث والزبا والوصايا، تتعلق بما فى اليد، مع العلم ببقاء مقابله... .

أقول:

قد عرفت أن المقصود من هذه البحوث هو الاستدلال لإفاده المعاطاه الملك، بأنه لولا ذلك يلزم تأسيس قواعد جديده، فمنها: لزوم هذه الأمور - التى تتعلق بالأملاك - فى غير الأملاك.

فمن أخذ شيئاً من الأنعام الثلاثه أو النقدين أو غيرها مما تجب فيه الزكاه، بالمعاطاه، وحال الحول والنصاب حاصل، وجب عليه الزكاه، مع أن الذى حصل عنده كان بالمعاطاه، والمفروض أنها لا تفيد الملك.

وكذا الخمس، فيلزم تعلقه بما ليس بملك له.

وكذا يلزم حصول الاستطاعه بالزاد والزاحله التى لغيره، لأن المفروض أن ما عنده مأخوذ بالمعاطاه وليس ملكاً له.

وكذا يلزم تعلق الديون بغير الملك، كأن يقسم الغرماء بينهم ما كان عند الغريم من أموال الناس، لأن المفروض أخذه ذلك منهم بالمعاطاه. وأيضاً:

المدين إذا مات، تعلق دينه بما تركه، فيلزم تعلق دينه بأموال الناس لا بأمواله.

وأيضاً: لو باع شيئاً بالمعاطاه وأخذ الثمن، كان أداء دينه من هذا الثمن أداءً من أموال الناس.

وكذا يلزم تعلق حق النفقه بالنسبه إلى أموال الناس، لأن المال الذى بيد

الزوج مأخوذ بالمعاطاه، مع أنّ حق النفقه يتعلّق بملك الزوج.

وكذا في حقّ المقاسمه، فإذا حصل الشيء لهما واشتركا فيه وثبت لهما حقّ لهما فيه حق المقاسمه، كان معنى ذلك حصول هذا الحق في مال الغير.

وكذا في حقّ الشفعه، فمن باع نصف ملكه لزيد بالمعاطاه وباع النصف الآخر من عمرو، جاز لزيد أن يشفع في النصف الآخر، مع أنّ النصف الذي بيده ليس ملكاً له بل هو باق على ملك صاحبه، فكيف أخذ بالشفعه؟

وكذا لو باع بالمعاطاه المكيل والموزون بمثله بالتفاضل، فالزبا ثابتة، ولو لم تكن المعاطاه مملّكّه لم يكن لثبوت الزبا وجه، وإلّا لزم ثبوتها في مال الغير.

وكذا الذي أوصى بصرف كذا وكذا من ثلثه، فوصيته نافذه، ولو لم تفد المعاطاه الملك لزم نفوذ الوصيه في ملك الغير.

وكذا لا شبهه في أنّ من مات انتقلت أمواله إلى ورثته، فلو كان جميع ما حصل عنده مأخوذاً بالمعاطاه، فإنهم يكونون قد ورثوا أموال الناس بموت مؤرثهم.

وكذا الكلام في الغنى والفقر، فمن حصل عنده بالمعاطاه ما يكفي لمؤنه سنته، صدق عليه الغنى وترتب عليه أحكامه، فلو لم يكن ما أخذه بالمعاطاه ملكاً له، فقد أصبح غنياً بأموال الناس، ولو وهب هذا الشخص كلّ ما عنده عدّ فقيراً، مع أنّ الأشياء غير خارجه عن ملكه، لأن المفروض وقوع الهبه منه معاطاه.

هذا كلّه، مع العلم ببقاء المال المقابل عند الطرف الآخر، ولو شك في بقاءه استصحاب.

وتلخص: إن ما ليس موضوعاً لآثار الأملاك يكون محكوماً بالآثار

المتعلّقه بها، وهذه قاعده جديده.

هذا ما أفاده بعض الأساطين.

فأجاب الشيخ:

قوله:

وأما ما ذكره من تعلّق الأحماس والزكوات. إلى آخر ما ذكره، فهو استبعاد محض، ودفعه بمخالفته للسيره رجوع إليها، مع أنّ تعلّق الإستطاعه الموجبه للحج وتحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزكاه، لا يتوقّفان على الملك.

أقول:

إذن، يلتزم بتحقّق هذه الأمور في غير الملك ويكون بحكم الملك.

واختلفت الأنظار في مراده من قوله: «ودفعه بمخالفته...» والضمير يرجع إلى «التعلّق» وفي بعض النسخ: «ودفعها بمخالفتها...» ومرجع الضمير «المقاله»:

فقال السيّد رحمه الله: «الظاهر أن مراده أنّ الحكم بعدم تعلّق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاه، استبعاد محض، فلنا أنّ نلتزم بعدم التعلّق، ولا بأس به، ودعوى أنه مخالفٌ للسيره حيث أنها جاريه على التعلّق، مدفوعه بأنه على هذا تكون السيره دليلاً على التعلّق وإن كان مخالفاً للقاعده، لأنها دليل على تخصيصها، ولا بأس بالالتزام به» (1).

فاعترض عليه شيخنا الأستاذ: «بأنّ كاشف الغطاء رحمه الله لم يستبعد عدم التعلّق، بل استبعد تعلّقها مع عدم الملك حيث قال: فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك» ثم قال: أعلم أنّ مقتضى كلام هذا الفقيه النبيه الوجيه

ص: ٢٠٨

«إن تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاه أمر مفروغ منه ولذا استبعد تعلقها به مع عدم الملك...» (١).

وهو متينٌ جداً.

وعلى الجملة، فإنه لا مانع من تعلق المذكورات بغير الملك، وليس في المقابل إلّا الاستبعاد.

فإن قيل: هذا يناهض السيره القائم على أنّ المعاطاه تفيد الملك، وأنهم يرون تعلق هذه الأمور بالملك.

قلنا: هذا رجوع إلى السيره، ولا لزوم لتأسيس القواعد الجديدة، وقد جعل هذا اللزوم دليلاً مستقلاً - بعد الكتاب والسنة والسيره - على إفاده المعاطاه للملك.

وحلّ المطلب هو:

أمّا في الأحماس والزكوات، فإنها تتعلّق بشرط الحول والتّصاب، وكون الآخذ بالمعاطاه غير مالك لا يضرّ، لوجود المالك الأصلي المتوجّه إليه الخطاب بالخمس والزكاه، فلم يكن التعلق بغير الملك، غير أنّ الذى بيده ليس هو المالك المخاطب بالأداء. ولو قيل: بأنّ وجوب الأداء عليه حينئذٍ دون المالك هو الذى عليه السيره، فالجواب: إن هذا رجوع إلى السيره.

وبعبارة أخرى: إن كان المحذور سقوط الخمس والزكاه، فإنّه غير وارد، لأنهما يتعلّقان بالملك، وغايه الأمر هنا هو توجّه التكليف إلى المالك دون الآخذ بالمعاطاه.

وأما في الإستطاعه، فإنّ المناط فيها هو التمكن من الذهاب إلى الحج،

ص: ٢٠٩

ولا دليل على اعتبار الملكيه فى الزاد والراحله، ومن كان بيده الزاد والراحله فهو متمكن ويجب عليه الحج.

وأما فى الديون، فإنّ مثال تعلق الدين بالمأخوذ بالمعاطاه هو ما لو أخذ الشخص بالمعاطاه شيئاً فى مقابل شىء أعطاه، ثم مات والمالان باقيا، فإنّ المأخوذ بالمعاطاه يكون من جملة تركته والدين يكون متعلقاً بهذا المال.

والظاهر أنّ لا- مورد لتعلق الدين بالمأخوذ بالمعاطاه إلّما ذكرناه، وما فى كلام بعض الأكابر (1) من أنّه لا مانع من أداء الدين الذى فى ذمته ممّا كان بيده من مال غيره المأذون فى التصرف فيه، فليس جواباً عن إشكال الشيخ الكبير، لأنّ الكلام هو فى تعلق الدين بمال، فمنشأ الإشكال هو «التعلق»، لأنّ الدين إنّما يتعلق بذمّه المدين مادام حيّاً، فإذا مات تعلق بما تركه، فكيف يتعلق دين الدائن بما هو لغير المدين؟ نظير المفلس، حيث أنّ الغرماء يقتسمون ما فى يده من الأموال، فإذا كان فيها شىء مأخوذ بالمعاطاه، والمفروض أنّها لا تفيد إلّالإباحه، لم يكن لهم تقسيمه، إذ لا يتعلق حق الغرماء إلّابما هو ملك للمفلس، وإنّ أمكن القول بجواز أخذهم المال، لأنّه عوض عن ملك الغريم الموجود بيد المتعاطى معه.

وبالجملة، فالمثال الذى ذكرناه، هو الذى ينطبق عليه البحث تماماً.

ولنا أنّ نقول فى الجواب: إن الفتوى فى الهبه الجائزه التى للواهب أنّ يرجع فيما وهبه، هى اللزوم بموت الموهوب له، فلم لا يكون الموت سبباً فى ملكيه المال المباح كذلك؟ وبعباره أخرى: إنه لا ريب فى مملكته التصرف المالكى والإتلاف، والمناطق فى التصرف المالكى هو الخروج عن

ص: ٢١٠

الملك، وبالموت يتحقق الخروج عن الملك ويتعلق الدين بالتركة.

وأما النفقات، فلا دليل على أنها تتعلق بالملك، بل على الزوج المتمكن أن ينفق على من تجب النفقة عليه، من أي مال يجوز له أن ينفق منه، سواء كان مباحاً له أو ملكاً.

وأما المقاسمه: بأن يكون شخصان شريكين في مالٍ على نحو الإشاعة، فلكلٍ منهما الحق في المطالبة بتقسيم المال، فلو كان المال مأخوذاً بالمعاطاه - وهي تفيده الإباحه - لم يكن لأحدهما الحق في مطالبه الإفراز، لأن هذا الحق يختص بالمالك في ملكه.

والجواب هو: إن نفس التقسيم تصرف مخرج عن الملك، لأن حصه كل واحد هو النصف المشاع بما هو مشاع، ولا تعين للملكيه خارجاً، ومجرد إيجاد التعين بالإفراز مخرج عن الملك، ولا أقل من أنه يوجب تملك الطرف المقابل لما أخذه، فالتقسيم كالبيع وغيره من التصرفات المخرجه عن الملك، والمفروض إباحه جميع التصرفات.

نعم، يتوجه هنا ما أوردناه سابقاً من لزوم اجتماع الضدين، لكننا نتكلم هنا على ما مشى عليه القوم.

وأما حق الشفعه، فإذا أخذ شيئاً بالمعاطاه مشاعاً وأراد صاحبه أن يبيع سهمه، كان لهذا الحق في الأخذ بالشفعه، لكن المفروض أنه مباح له وليس بمالك حتى يجوز له الأخذ بها.

والجواب: إنه إن جاز القول بأن له الأخذ بالشفعه في ظرف تصرف المتعاطى فيما بيده، بأن يكون الحق ثابتاً له بشرط تصرف الطرف، كما ذكر المحقق الخراساني: من أن المعاطاه مملكه بشرط التصرف أو التلف، نظير بيع الصرف والتسليم، فهو، وإلا فلا مناص من التسليم بالإشكال.

وأما الربا، فإن المفروض قصدهما البيع وأنّ الشارع قد رتب الإباحه، لكنّ ترتيبه الإباحه إنما يكون في المعاطاه الشرعيه الصحيحه، فإذا كانت المعاطاه ربويه فهي منهيّ عنها، لأنّ أدلّه حرمة الربا جاريه في كلّ معاطاه بين المتجانسين مع التفاضل، فتكون جاريه في المعاطاه، وحينئذٍ، لا معنى لترتب الإباحه عليها.

وأما الوصايا، فالجواب عن الإشكال فيها ظاهر ممّا سبق، إذ نلتزم بأنّه بالموت يعتبر الملكيه.

وأما الغنى والفقير، فالغنى من كان واجداً لمؤنه السنه، سواء كان مالكاً أو مباحاً له، والفقير من ليس واجداً للمؤنه مطلقاً.

### القاعده الثالثه

قوله:

ومنها: كون التصرف من جانب مملّكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف.

أقول:

فالغرابه من جهتين: أمّا الجبهه الأولى فهي: أن يكون تصرف أحدهما التصرف المخرج عن الملكيه - كالبيع - سبباً لتملك الآخر لما في يده، وهذا ليس بغريبٍ فقط بل هو مستحيل، لأنّه إذا باع ما أخذه بالمعاطاه، فقد أوجد بيعه السبب لملكيه نفسه ولملكيه غيره، فيلزم اجتماع الضدين في آن واحدٍ، وإذا أعتق ما أخذه بالمعاطاه، فقد أوجد بتصرفه العتق ما يكون سبباً لملكيه نفسه وللخروج عنها، فيلزم اجتماع النقيضين، ولو أوقفه فاللزام اجتماع الضدين، إن كان الوقف تملكاً، أو اجتماع النقيضين إن كان تحريراً.

ص: ٢١٢

وأما الجبهه الثانيه، فيانها: إنه لو تصرف أحدهما، فإن بقى الشىء فى الجانب الآخر على إباحته، لزم جواز رجوع المتصرف فى إباحته، لأن كل مباح فيجوز أن يسترجه المبيح، فيكون الشىء الذى كان ملكاً له بالتصرف قد دخل فى ملكه مجاناً، وإن كان تصرفه موجباً لتملك الآخر للشىء الذى بيده، لزم دخول الشىء فى الملك بلا سبب.

وقد أجاب الشيخ:

وأما كون التصرف مملكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه.

أقول:

يريد رحمه الله: أن ذلك مقتضى الجمع بين أصاله عدم الملك أو استصحاب بقاء كل من المالكين فى ملك صاحبه وما دل على جواز مطلق التصرفات فى المأخوذ بالمعاطاه، وأدله أن لا بيع ولا عتق ولا وطى إلأى ملك، فإنه بالجمع بينها يستكشف أن الشارع قد اعتبر الملكيه آنأماً قبل حصول التصرف المخرج عن الملكيه.

وعلى الجملة، ليس التصرف بنفسه مملكاً، بل إن مقتضى الجمع بين الأدله المزبوره، هو الاستكشاف عن دليل.

وهذا هو الجواب عن الجبهه الثانيه.

وأما الجبهه الأولى، فلم يجب عنها.

ويمكن أن يقال: إنه ليس للدليل القائم على مملكيه التصرف دلالة على كون ذلك بالمجان، بل هو مملك بالعوض، فيدل بالالتزام على أن ما بيد الطرف الآخر ملك له كذلك، أو يقال - كما ذكر المحقق الخراسانى - بأن المعاطاه تفيد الملكيه بشرط التصرف من أحدهما فيما بيده، كما فى الصرف والسلم حيث يشترط الملكيه فيها بالقبض، إلأنا لم نوافق على ما ذهب إليه.

ص: ٢١٣



قوله:

ومنها: جعل التلف السماوى من جانبٍ مملّكاً للجانب الآخر... .

أقول:

ما قال هنا: مع غرابه أن يكون التلف مملّكاً، لأنّ حصول الملكيه بالتلف مستحيل، إذ لا معنى لها فى آن التلف، وبعده لا موضوع لها.

ووجه الإشكال هو: إن التلف بيد أحدهما ليس بسببٍ لتملك الآخر لما بيده، وحينئذٍ، يكون صاحب المال الموجود مالكاً لما بيده بلا سبب شرعى.

وقد أجاب الشيخ قدّس سرّه:

قوله:

وأما كون التلف مملّكاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيره - كما هو الظاهر - كان كلُّ من المالين مضموناً بعوضه... .

أقول:

أى: إن مقتضى قاعده على اليد أن يكون كلّ ما حلّ فى يد أحدهما مضموناً عليه، وعليه تسليمه إلى صاحبه، فإن تلف كان عليه المثل إن كان مثلياً، وإلّا فالقيمه، فما فى كلام بعضهم (1) من تفسير الحديث بمطلق الضمان، سهو من القلم.

لكنّ الإجماع قائم على وجوب المثل أو قيمه فى مورد المعاطاه، ومقتضى الإستصحاب عدم الملكيه، والجمع بين قاعده اليد والإجماع

ص: ٢١٤

والإستصحاب يكشف عن حصول الملكيه آنأماً قبل التلف.

قوله:

نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع، لأنّ هذا هو مقتضى الجمع... .

أقول:

فقد ورد النصّ على أن كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه (1)، حيث أنّ ما بيد البائع ملك للمشتري، فإن تلف قبل أن يقبضه البائع إياه كان من مال البائع، وعليه إرجاع الثمن الذي أخذه من المشتري، مع أنّ مقتضى القاعده أنه إن كانت يده أمانيه فلا شيء عليه، وإن كانت عدوانيّه فالمثل أو قيمه، فمن النصّ يستكشف أن البيع ينحلّ قبل التلف آنأماً، ويرجع المال إلى ملك صاحبه، فالتلف في ملكه وعليه ردّ الثمن.

والحاصل: إن التلف في يد أحدهما يكشف عن حصول الملكيه له قبله آنأماً، وحصول الملكيه لهذا يستلزم حصولها للطرف الآخر بالنسبه إلى ما بيده، فالتلف من أحدهما يكون مملّكاً للآخر.

قوله:

ومع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنه المطالب - لأنّه تملّك بالغصب أو التلف في يد الغاصب - غريب، والقول بعدم الملك بعيد جداً، مع أنّ في التلف القهري، إنّ ملك التالف قبل التلف فهو عجيب، ومعه بعيد لعدم قابليته، وبعده ملك معدوم، ومع عدم الدخول في الملك، يكون ملك الآخر بغير عوض، ونفى الملك مخالف للسيره وبناء المتعاطيين.

ص: ٢١٥

أقول:

فهنا إشكالات:

أحدها: أنه لو غصب المال من يد المتعاطي، كان له المطالبة مع أن الفرض كونه مباحاً له وليس بملك.

والثاني: إن له أخذ المثل أو قيمه من الغاصب في حال تلف العين عنده، مع أن ذلك من حق المالك وهو ليس بملك.

أجاب الشيخ:

وأما ما ذكره من صورته غصب المأخوذ بالمعاطة، فالظاهر على القول بالإباحة أن لكلٍ منهما المطالبة مادام باقياً، وإذا تلف، فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف: تلفه من مال المغصوب منه، نعم، لو قام كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

أقول:

توضيحه: إن المفروض كون المعاطة مفيدة للإباحة، فالمال الذي بيد المتعاطي ملك الغير، فإذا تلف بالتلف السيموي كان مقتضى قاعده اليد دفع المثل أو قيمه، لكن الإجماع قام على عدم الضمان مطلقاً، فإما يخصص به عموم القاعده، بأن يكون المعنى: إلا التالف بيد الآخذ بالمعاطة، وإما أن يكون المورد خارجاً بالتخصيص، بأن يكون الإجماع كاشفاً عن حصول الملكيه آنأماً قبل التلف، فالمال تالف في ملكه وهو خارج موضوعاً عن القاعده، فيكون أمر الإجماع دائراً بين التخصيص والتخصيص، وقد تقرّر تقدّم التخصيص، فهو نظير ما تقدّم من أن كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه.

ووجه الالتزام بالملكيه آنأماً - لا الملكيه على إطلاقها - هو الجمع بين

ص: ٢١٤

ما ذكر والاستصحاب، المقتضى بقاء المالكين فى ملكك صاحبيهما. وقد كان يلزم ضمّ أمر آخر، وهو: إنه لما كان تلف المال واقعاً فى ملك من كان بيده، فإنّ هناك ملازمه بين مالكيه هذا ومالكيه الطرف لما بيده، فيكون مالكا للمال الموجود عنده.

أقول:

أما التنظير، ففيه: إن النصّ يدلّ بالمطابقه على حصول اعتبار كون التالف من مال البائع حقيقه، فكأن لزوم البيع كان منوطاً بعدم التلف، فإذا تلف كان منحللاً.

وأما أصل المطلب، ففيه: إنه لا مجال للتمسك هنا بقاعده اليد، لأن لفظ الخبر أنّ على اليد «ما أخذت» لا «ما أعطيت» كما نحن فيه، فلو أعطى شخص ماله غير الذهب والفضّه لآخر عارياً وحصل فيه تلف قهري، فلا ضمان، لأن مدلول الحديث ثبوته فيما لو أخذت اليد مال الغير بدون إذنه، ومانحن فيه ليس كذلك، لأن المفروض حصول المعاطاه. وبالجملة، لا مجرى هنا للقاعده أصلاً، ولا نعلم للتمسك بها وجهاً. هذا أوّلاً.

وثانياً: لو سلّمنا جريان القاعده، فما أفاده الأكابر - ومنهم بعض الأساتيد (1) - من أن مقتضى التمسك بعموم «على اليد» وهو من الأمارات، ثبوت لآزمه وهو التخصيص والخروج الموضوعى، فيه: إنّ الدليل اللفظى إنّما يثبت لآزمه فى ثلاثه موارد فقط، وهى:

١ - أن يكون بين اللآزم وملزومه عليه، لكون الحجّه على اللآزم حجّه على الملزوم وبالعكس.

ص: ٢١٧

---

١- (١) حاشيه المكاسب للإصفهاني ١٢٤/١.

٢ - أن يكونا ضدّين لا ثالث لهما، فالحججه القائمه على أحدهما حجّه على عدم الآخر.

٣ - أن يكونا معلولين لعلّه واحده، ومرجعه إلى الأول، والسرّ واضح، لأن الحججه على أحد المعلولين حجّه على العله، والحجّه على العله حجّه على المعلول الآخر.

وفي دوران الأمر بين التخصيص والتخصّص، كما لو قال: أكرم العلماء ثم قال: إضرب زيدا، ودار أمره بين العالم والجاهل، لم يجز التمسك بالعام، لتكون النتيجة وجوب ضرب زيد الجاهل، لعدم وجود الملاك الذي ذكرناه، وأنه لا يعقل الإثبات في غير الموارد الثلاثة.

وإذن، لا وجه لإثبات الملكيه آنأما قبل التلف، على ما ذكره الشيخ وتبعه عليه غيره.

هذا كلّه في الإشكال الأول.

والإشكال الثاني هو: إن للمتعاطي أن يأخذ المثل أو القيمه من الغاصب في حال تلف العين عنده، مع أن ذلك من حقّ المالك وهو ليس بمالك.

أجاب الشيخ:

بأنّ للمالك أن يطالب لكونه مالكا، وللمتعاطي أن يطالب لكونه مباحاً له.

وهذا الجواب وجيه، فما نحن فيه نظير مطالبه الآخذ عارياً، حيث أن لكلّ من المالك والآخذ حقّ المطالبه، هذا فيما إذا كانت العين موجوده بيد الغاصب، ومع تلفها فإطلاق كلامهم بأنّ التلف يوجب الملكيه شامل لما نحن فيه، فيكون للمتعاطي المطالبه بالمثل أو القيمه لكونه المالك حينئذ.

والإشكال الثالث هو: إنه إذا كان التلف سبباً للملكيه، فمتى تكون هذه

إن كان حصول الملكيه متقدماً على التلف الحاصل بعدها، لزم تأخر العله عن المعلول.

وإن كان حصولها مقارناً للتلف، لزم عروض الملكيه على المحلّ في آن انعدامه.

وإن كان حصولها بعد التلف، لزم تعلق الملك بالمعدوم.

والجواب - على مسلك الشيخ - إن التلف كاشف عن الملكيه المتقدمه، ولا مانع من تأخر الكاشف عن المنكشف. والله العالم.

قوله:

فالقول الثاني لا يخلو عن قوّه.

أقول:

كأنه قد تردّد بين المشكل والأشكل، فمقتضى أصاله عدم الملكيه بسبب المعاطاه، والشهره القائمه، عدم إفادتها ذلك، ورفع اليد عن الشهره والأصل مشكل. لكن عموم آيه الحلّ والتجاره يقتضيان إفاده المعاطاه الملكيه، ورفع اليد عنه أشكل.

فقال: لا يخلو الثاني عن قوّه.

أقول: بل هو الأقوى، لأن الأصل لا يقاوم الأماره، ولأنّ الشهره الفتوائيه ليست بحجّه.



لزوم المعاطاه

ص: ٢٢١





قوله:

وعليه، فهل هي لازمه ابتداءً مطلقاً كما حكى عن ظاهر المفيد، أو بشرط كون الدالّ على التراضى لفظاً كما حكى عن بعض معاصري الشهيد الثانى وقوّاه جماعه من متأخري المحدّثين، أو هي غير لازمه مطلقاً، فيجوز لكلّ منهما الرجوع فى ماله كما عليه أكثر القائلين بالملك بل كلّهم عدا من عرفت؟ وجوه.

أوفقها بالقواعد هو الأوّل.

أقول:

فى المسأله ثلاثه أقوال، اللّزوم وعدمه والتفصيل.

ولم يذكر الدليل على التفصيل، ولعلّه مقتضى الجمع بين عموم قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» الدالّ على صحّه البيع وإفادته الملكيه مع اللفظ وبدونه، والإجماع القائم على عدم حصول الملكيه إلّاباليجاب والقبول اللفظيين، بأن يكون القدر المتيقّن من الإجماع وقوع البيع بالفعل المجرّد عن اللفظ مطلقاً، وأمّا لو كان الدالّ على التراضى لفظاً، فذاك باق تحت عموم الآيه. وبعباره أخرى: المخصّص القائم على عدم تأثير الفعل - وهو الإجماع - دليل لثبى، فيؤخذ منه بالقدر المتيقّن، وهو الفعل المجرّد من أى لفظٍ دالّ على التراضى، وأمّا غيره، فالمرجع فيه عموم الآيه.

وكيف كان، فالعمده القولان الأوّل والثالث، وقد اختار الشّيخ الأوّل، واستدلّ له بوجوه.

قوله:

بناءً على أصالة اللزوم في الملك، للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي، ودعوى أن الثابت هو الملك المشترك... بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول، مدفوعه. مضافاً إلى إمكان دعوى كفايه تحقق القدر المشترك في الاستصحاب - فتأمل - بأن: انقسام الملك إلى المترزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه... .

أقول:

قد استدلل رحمه الله بأصالة اللزوم، لأنه مع رجوع المعطى يشك في زوال الملكيه الحاصله بالمعاطاه للمتعاى، فيستصحب بقاؤها وعدم زوالها برجوع المالك الأول.

ثم أشكل على هذا الاستدلال: بأن الملكيه الثابته كانت - على الفرض - مردده بين الملكيه اللازمه والجائزه، فإن كانت الملكيه اللازمه المستقره، فحدوثها مشكوك فيه، وإن كانت الحادته بالمعاطاه فارتفاعها بالرجوع متيقن، فلا يوجد شيء متيقن به مشكوك في بقائه، فلا ينع الإستصحاب.

قال: بل ربما يزداد... لأننا نشك بأن علقه الملكيه الثابته للمالك الأول قبل المعاطاه هل زالت بالكلية أولاً، فإن كانت زائله فالملكيه الحاصله للمتعاى مستقره، وإلا كان له استرداد ما أعطاه، فإذا استصحب بقاء العلقه تعيدنا بأن رجوعه يؤثر في زوال ملكيه المتعاى، وبه يرتفع الشك في ناحيه ملكيه الطرف الآخر بعد رجوع المالك، وإذا جرى الإستصحاب فيه، تقدم بالحكومته على استصحاب بقاء ملكيه المتعاى، لأن الشك في بقاء ملكيته

بعد رجوع المالك، مسبب عن الشك في بقاء علقه المالك، وقد تقرّر تقدّم الأصل السببي على الأصل المسببي.

والشيخ لم يُجب عن هذه الزيادة، ولا يبعد أنه لوضوح بطلان استصحاب علقه المالك الأوّل، لأنّ العلقه المتصوّره عباره إمّا عن الملكيه نفسها أو العلقه التي هي من آثار الملكيه أي السيطره والسلطنه، أو أن للملكيه مراتب، فيحتمل بقاء بعضها بعد المعاطاه، ولا رابع، فهل المراد من العلقه نفس الملكيه أو آثارها أو بعض مراتبها؟

أمّا أن يكون للملكيه مراتب، فهذا غير معقول، لأنها أمر اعتباري ولا يعقل المرتبه للأمر الإعتباري، وأمّا أن يكون المراد بقاء علقه المالك الأوّل، فهذا معناه تحقّق الملكيتين في الشيء الواحد، لأنّ المفروض أن المعاطاه قد أفادت الملكيه للأخذ، فمع فرض بقاء علقه الأوّل يلزم اجتماع المثليين وهو محال. وأمّا آثار الملكيه بأن تبقى للمالك الأوّل مع انتفاء علقته بالمعاطاه، فمعناه ثبوت الأثر بلا موضوع.

وتلخص: أنه لا مجال لاستصحاب بقاء علقه المالك الأوّل (١).

ثم إنَّ الشيخ قد أجاب عن الإشكال بجوابين:

أحدهما: كفايه استصحاب القدر المشترك بين اللزوم والجواز، لأنَّ هذا الجامع بين الملكيتين متيقن الحدوث ومشكوك البقاء، فأركان الإستصحاب فيه تامه، وهو من قبيل القسم الثانى من أقسام الكلّى.

وقد اختلفت الأنظار فى وجه التأمل:

قال المحقق الخراسانى: لا مجال لدعوى الكفايه على مختاره من عدم حجّيه الإستصحاب مع الشكّ فى المقتضى (١).

لكنَّ الشيخ يرى جريان الاستصحاب فى القسم الثانى، فإنَّ أراد المحقق المذكور من الشكّ فى المقتضى الشكّ فى كون ملاك اعتبار الملكيه سبباً لاستمرار ودوام الملكيه وعدم كونه كذلك، فهذا مما لا يقال، إذ ليس المراد من الشكّ فى المقتضى فى الإستصحاب هو الشكّ فى الملاكات، بل المراد هو الشكّ فى قابليته المستصحب فى حدّ ذاته للثبات والاستمرار فى عمود الزمان، لكنَّ الملكيه أمر يدوم كذلك ما لم يأتِ الراجع. وإنَّ أراد تصوير سنخين للملكيه وتقسيمها إلى قصيره العمر وهى الملكيه المحدوده بعدم رجوع المالك، وطويله العمر وهى الملكيه التى لا تكون محدوده بذلك، فتكون المحدوديه بعدم رجوع المالك من مقومات ذات الملكيه. لكنَّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، لأنَّ الملكيه متى تحققت دامت، غير أن الشكّ

ص: ٢٢٤

(١ - ١) حاشيه المكاسب: ١٣.

فى أنه برجوع المالك الأول ترتفع أو لا؟ فالشك هو فى الزوال والارتفاع لا فى استعداد المتيقن من حيث البقاء فى الزمان، كما فى الزوجية المرده بين الدائمه والانقطاعيه إلى أجل معين، فإنه بعد الأجل لا يستصحب بقاء الزوجيه، للشك فى استعدادها للبقاء فى عمود الزمان.

وما نحن فيه من قبيل ما إذا دار الأمر بين البول والمنى، فإنه إذا توّضاً ووقع الشك فى بقاء الحدث لأنه إن كان الخارج هو البول فقد ارتفع، وإن كان المنى لم يرتفع، فهنا يستصحب بقاء الحدث المشترك بين الأكبر والأصغر، لأنّ الحدث ممّا إذا وجد يبقى، فإذا شك فى زواله بالوضوء استصحب.

وقيل فى وجه التأمل: إن استصحب بقاء الملكيه للآخذ وهو القدر المشترك، مسبب عن الشك فى حدوث الملكيه اللّازمه، وحيث يجرى استصحاب عدم حدوث اللّازمه، كان هذا الإستصحاب حاكماً على استصحاب بقاء الملكيه (١).  
وفيه:

أولاً: ليس الشك مسبباً عن أن الملكيه اللّازمه حاصله أو لا، بل هو فى أن الملكيه الحاصله لازمه أو جائزه، وليس هناك أصل ينقح أن الملكيه الحاصله خارجاً من أى القسمين.

وثانياً: سلّمنا، لكن حكومه الأصل السّـببى على المسببى مشروطه بكون التسبب شرعياً، والسببى هنا حتميه، ولا يجرى الاستصحاب فيها، لأنه أصل مثبت.

ص: ٢٢٧

وقال الميرزا الأستاذ: لعل وجهه هو: أن المقصود من الإستصحاب فى القسم الثانى من أقسام الكلى ترتيب أثر الكلى، إذ لا معنى لترتيب أثر كل من الفردين، لأن كلاً منهما مشكوك فيه، وهنا إذا كان مفاد الاستصحاب هو التعبد ببقاء القدر المشترك وهو كلى الملكيه، كان معناه ترتيب أثر أحد الفردين وهو الملكيه اللأزمه، إذ ليس التعبد ببقاء الملكيه اللأزمه، فترتب أثر الفرد باستصحاب القدر المشترك، وهو خارج عن استصحاب الكلى، لأنه تعبد بالفرد لا بالكلى (١).

وهذا الوجه - وإن كان لا يخلو عن دقه - إلا أن فيه:

أولاً: إن الغرض التعبد ببقاء القدر المشترك - أى أصل الملكيه - فى الزمان اللأحق، غير أنه بسبب الاقتران الاتفاقى لعدم تأثير رجوع المالك الأول، أفاد الملكيه اللأزمه، لا أن هذا التعبد عين استصحاب الفرد.

وثانياً: سلمنا، لكن يكفى استصحاب القدر المتيقن لجواز تصرف الآخذ فيما انتقل إليه بالمعاطاه، إذ الملكيه حكم وضعى، والاستصحاب جارٍ عندنا فى الأحكام الوضعيه إلفى موردٍ واحد، وغير جارٍ فى الأحكام التكليفيه إلفى موردٍ واحد، والتفصيل فى الاصول.

وتلخص: صحه ما ذكره الشيخ فى الجواب الأول، وقد ظهر أن لا وجه للتأمل فيه (١).

ص: ٢٢٨

١- ١) انظر: المكاسب والبيع ١ / ١٦٧.

اللهم إلاما ذكره المحقق الخراساني، بتقريب: أنه قد تقرّر في الأصول أنّ الشكّ في الغايه في الشبهات الحكميه شكّ في المقتضى، وفي الشبهات المصادقيه شكّ في الرفع، فمتى شكّ في تحقق مصادق الغايه خارجاً يستصحب، ولو شكّ في أنّ المستصحب مغيباً شرعاً أولاً؟ فإنه لما كانت الشبهه حكميه، يرجع الشكّ إلى المقتضى، فلا يجرى الاستصحاب.

الجواب الثاني - وهو متينٌ جداً - ومحصله: إنّ الملكيه - بأيّ معنى كانت، وقد تقدّم أن الظاهر كونها «الواجديه» - أمر اعتباري، ولا اختلاف في



هويتها وحقيقتها، وإنما الاختلاف باعتبار حكم الشارع عليه، كأن يحكم بعد تحقق الملكيه بأن للمشتري أن يحل العقد ويفسخه، وهذا في خيار الحيوان، أو يحكم بأن لكل من البائع والمشتري ذلك، كما في خيار المجلس، أو يحكم في الهبه - غير ذي رحم والتي غير معوضه - بجواز الاسترداد. فسواء كان الحكم بحل العقد أو بجواز الاسترداد، فهو حكم شرعي، مع أن الملكيه متحققه في جميع الموارد.

وبعبارة أخرى: ليس الجواز واللزوم من قبيل الفصل المقوم للماهية، ليلزم تعدد النوع، بل انقسام الملك إليهما انقسام بالعرض، وهما حكمان يطريان على الملك وليسا بخصوصيتين منوعتين له، إذ الحكم الشرعي - سواء الوضعي والتكليفي - قائم بنظر الشارع ولا يكون مصنفاً أو منوعاً.

وعلى هذا، فالمستصحب هو شخص الملكيه الحاصله بالمعاطاه، فهل للشارع حكم بارتفاع هذا الفرد الشخصى من الملكيه إذا رجع المالك الأصلي عنها وأنه يجوز الاسترداد أو لا؟ فنقول: الأصل بقاؤها وعدم جواز الاسترداد.

هذا، ولا يخفى أن المراد من الجواز في قولنا الملك الجائز، هو جواز التراد أو حل العقد، والملك اللازم عبارته عن عدم جواز التراد فيه أو حل العقد، فما في كلام المحقق الخراساني (1) - من أنه جواز التراد، ولا علاقة للبحث بجهه الخيار حتى يقال بأن هذا من خصوصيات السبب المملك، فإنه لو كانت الملكيه هنا عبارته عن جواز حل العقد، أمكن القول بأنه من خصوصيات السبب المملك، لكن سيأتى أن الجواز المعطاتي عبارته عن

ص: ٢٣٠

جواز تراذ العنين، فيكون من خصوصيات الملكيه - غير مستقيم.

لأن الكلام ليس في متعلق التراد أو الرجوع حتى يقال: بأن الرجوع في العقد موضوعه هو العقد، فيكون الرجوع حلّه وهو من خصوصيات السبب، والموضوع في تراذ العنين هو العين، فهو من خصوصيات الملكيه، وإنما الكلام في الجواز الوضعي، أي رجوع المالك فيما أعطاه، حتى يكون الشارع معتبراً ملكيةً جديدةً للمالك الأول وسقوط ملكيه الآخذ، وهذا الأمر الاعتباري في مرتبه متأخره، ولا يعقل أن يكون من الخصوصيات المتنوعه أو المصنّفه للموضوع في المرتبه المتقدمه.

فالكلام في أنّ الملكيه صنفان أو أمر واحد؟ ولتّما كان جواز التراد - بأى معنى كان - في مرتبه متأخره عن الموضوع وهو الملكيه، فإنه يستحيل أن يكون ما هو في المرتبه المتأخره مقسّمًا أو مقومًا ماهويًا للموضوع في المرتبه المتقدمه، إذ الموضوع بجميع خصوصياته ولوازمه متقدّم رتبه، والحكم الشرعي المتأخر رتبه لا يمكن أن يكون من الخصوصيات المقومه للموضوع.

إنا لا نقول: بأن حكم المعاطاه حلّ العقد وفسخه، بل هو جواز التراد، لكن هذا الجواز الشرعي ليس من خصوصيات الملكيه، وإنه موجب للانقسام الحقيقي، بل هو حكم شرعي يرجع إلى كفيّيه السبب، فإن الشارع يحكم بجواز التراد إذا كان البيع بالفعل.

فقوله: موضوع التراد هو العين وموضوع الفسخ هو العقد، لا وجه له في هذا المقام.

ثم إنّ الشيخ استدللّ لعدم اختلاف حقيقه الملكيه، وأن منشأ الاختلاف وانقسامها إلى الجائزه واللّازمه هو الحكم الشرعي، بأمور:

قوله:

ويدلّ عليه - مع أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات أو من لوازم السبب المملّك، ومع أنّ المحسوس بالوجدان أن إنشاء الملك في الهبة اللّازمه وغيرها على نهج واحد - أنّ اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك، فإنّما أن يكون... .

أقول:

ذكر رحمه الله ثلاثه وجوه:

أحدها: قوله: يكفي في الإستصحاب... .

فاعترض (1) عليه: بأنّ العبارة قاصره، لأنّ هذا الكلام ليس بدليل، وإنما هو عبارة أخرى عن عدم الحاجة إلى الاستدلال، بل يكفي في جريان الإستصحاب عدم العلم بأن الجواز واللزوم من خصوصيات السبب أو المسبب، وحينئذٍ يقال: كيف يعقل كفايه الشك في الاستصحاب مع احتمال أن يكون الشك في المقتضى - لاحتمال كونهما من خصوصيات المسبب - والشيخ لا يرى جريان الاستصحاب معه.

والذى أظنّ: أن غرضه قدّس سرّه: أنّ الشك في المقتضى هو من باب التخصيص اللبّي، ففي موارد التخصيص اللبّي لا بدّ من إحراز المخصّص كى لا- يتمسك بالعام، ومع الشك في تحقّق عنوان المخصّص اللبّي يجوز التمسك به. فمراده: إنه يكفي في الإستصحاب الشك في كون الجواز واللزوم من خصوصيات المسبب أو السبب المملّك، مع أنه على تقدير كونهما من خصوصيات المسبب، يكون الشك في المقتضى، لأن

ص: ٢٣٢

١-١) انظر: المكاسب والبيع ١ / ١٦٨.

المخصّص المخرج للشك في المقتضى لبّي لا لفظي، وحينئذٍ يتمسك بعموم: لا تنقض اليقين بالشك، ويجرى الإستصحاب مع الشك في كونهما من خصوصيات السبب أو المسبب.

لكنّ غير واحدٍ من الأكابر اعترض عليه: بأنه لا- معنى لأن يكون الشك المذكور كافياً لجريان الإستصحاب، مع أنه بناءً على كونهما من خصوصيات الملك غير جارٍ عنده، لأمره بالتأمل، فيدور الأمر بين أن يكون من مصاديق مورد جريان الإستصحاب أو من مصاديق مورد عدم جريانه، فكيف يعقل كفايه الشك للجريان؟

والظاهر: أن مراد الشيخ، كما ذكرنا في استصحاب القدر المشترك، من أنه إنما يتم لو كان الأثر مترتباً على القدر المشترك نفسه، فكذلك هنا، إذ الأمر في الملكيه يدور بين الجائزه حتى تكون مرتفعه واللّازمه حتى تكون باقيه، فإن استصحاب البقاء عباره أخرى عن التعيّد بالملك اللّازم، وهذا غير جائز، وحينئذٍ نقول: إن هذا المعنى - أي عدم جواز جريان الإستصحاب في هكذا مورد - دليل لبّي، وفي موارد الدليل اللبّي في مورد الشك يجرى الإستصحاب.

ففي نفس الوقت الذي نشك في أن الجواز واللّزوم من خصوصيات السبب أو الملك، نستصحب، لأنه في مورد كونه من خصوصيات الملك إنما لا يجرى الإستصحاب بمقتضى الدليل اللبّي، ولما كان مورد الدليل اللبّي غير محرز، فالإستصحاب جار.

الثاني: هو الوجدان، إذ أن الهبه اللّازمه والجائزه على نسقٍ واحد.

يريد: أنّ اللّزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك، لوقع الاختلاف في مقام الإنشاء، فهما ليسا من خصوصياته بل من الأحكام الشرعيّه للسبب.

وفيه: إنه لو كانا من خصوصيات السبب، لزم ترتب الأثر على الإنشاء المجمل.

الثالث: إنهما لو كانا من خصوصيات الملك، فلا محاله يكونان زائدين على مفهوم الملكيه، وحينئذٍ يقال: هل هذه الزيادة هي بجعل من المالك أو من الشارع؟

إن كان من المالك، لزم القول بأنها - أى الملكيه - فى مورد قصده الرجوع، جائزه، وفى مورد قصده عدم الرجوع لازمه، وهى فى مورد لا قصد عنده لا لازمه ولا جائزه، فيدور أمر اللزوم وعدمه مدار قصد المالك.

وعليه، فلو قصد الرجوع فى الهبه لذى رحم كانت الملكيه جائزه، والحال أن الهبه لذى رحم لازمه بالضروره من الفقه، وهى للأجنبى جائزه كذلك، سواء قصد الرجوع أو لا.

فالخصوصيتان لا يناطان بقصد المالك.

وإن كان بجعل من الشارع، بأن يختلف اعتباره للملكيه، لزم عدم تبعيه العقود للقصود، وهذا محال، لأن العقود كلها إمضائيه، والإمضاء يكون دائماً على طبق الممضى، ولا تختلف دائرته عن دائرته.

وقوله:

وأمكن القول بالتخلف هنا فى مسأله المعاطاه...

سهو من قلمه الشريف، لأن المعاطاه إن لم تفد الملك جاز التخلف، بأن يقصد الملك والشارع لا يمضى، لكن البحث هنا فى اللزوم وعدمه على مبنى إفادتها للملكيه، وحينئذٍ فلا معنى للتخلف (١).

ص: ٢٣٤

وتحصّل: إن اللّزوم والجواز ليسا من خصوصيّات الملك، بل هما حكمان شرعيّان تكليفيّان مولويّان، وعليه، فالمستصحّب هو شخص الملك - لا الجامع بين الجواز واللّزوم - إن شك في بقاء ملكيه الآخذ بالمعاطاه برجوع المالك الأوّل فيما أعطاه، فيفيد بقاء الملكيه وعدم تأثير الرجوع.

قوله:

وبالجملة، فلا إشكال في أصاله اللّزوم في كلّ عقد شك في لزومه شرعاً (١).

ص: ٢٣٥

وكذا لو شكّ في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائر كالصلح من دون عوض والهبة.

نعم، لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.

أقول:

إن أصله اللزوم أصل محكم في الشبهات الحكمية والموضوعية معاً، فلو شكّ في أنّ حكم الهبة المعوّضه هو اللزوم أو الجواز، جرت أصله اللزوم، ولو شكّ في أن الملك الحاصل بالمعاطاه جائز أو لازم، فهي جاريه كذلك، وهكذا في كلّ موردٍ يشكّ في الحكم من حيث اللزوم وعدمه.

ص: ٢٣٦

وكذا في الشبهات الموضوعية، حيث يعلم بوقوع العقد ويشك في أنّ الملكيه الحاصله لازمه أو جائزه، فإنه يستصحب عدم ملكيه الراجع عن الملكيه، وهو مرادف لأصالة اللزوم معنئ.

قال: لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.

مقتضى القاعده الأولى أن يكون المدعى هو من يدعى الهبه، لأن مآل دعواه ثبوت حق الرجوع، وأن يكون مدعى البيع منكرأ، لأن مآل دعواه إلى إنكار حق الرجوع، وعلى المنكر الحلف، فإذا حلف تقدّم قوله. لكن قد يحتمل التداعى، إذ ربما يكون لكل من الدعويين أثر خاص، ويدعى كل منهما ترتيب الأثر، وحينئذ يقع التداعى. فقوله «في الجملة» أى: في بعض الأحوال، وهو ما أشرنا إليه (١).

ص: ٢٣٧



فظهر أنه إن كان النزاع - فى أن الواقع بيع أو هبه - بلحاظ الجواز واللزوم، كان من قبيل المدعى والمنكر، ومقتضى أصالة اللزوم تقدم قول المنكر بيمينه، وإن كان بلحاظ أثر آخر، كان من قبيل التداعى ولا بد من التحالف.

وهذا تمام الكلام فى الاستدلال بالأصل للقول بلزوم المعاطاه.

### الاستدلال بحديث السلطنه

قوله:

ويدل على اللزوم - مضافاً إلى ما ذكر - عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم:

الناس مسلطون على أموالهم، فإن مقتضى السلطنه أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره، فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنه المطلقه.

فاندفع ما ربما يتوهم...

أقول:

الظاهر أن غرضه هو الاستدلال بحديث السلطنه فى خصوص المورد وهو الشبهه الحكيمه، وإلا فقاعده السلطنه غير جاريه فى الشبهه الموضوعيه حتى وإن دلّ الحديث على اللزوم، فلو شكّ فى أن العقد الواقع بيع فلا رجوع أو هبه فله ذلك؟ لم يتمسك بعمومه، لكونه من التمسك بالعامّ فى الشبهه المصداقيه للمخصّص، لضروره خروج الهبه عن تحت

ص: ٢٣٨

العامة، والمفروض هو الجهل بالعقد الواقع وأنه مصداق للخارج أو للبيع الباقي تحته.

فمراده من «يدل على اللزوم» أى فى خصوص الشبهه الحكميه، - بخلاف الإستصحاب حيث كان يجرى فى كلتا الشبهتين - ووجه التمسك به هو:

إنّ الحديث يدلّ على السّيلطنه بقولٍ مطلق، بمعنى أنّ جميع شؤون السّيلطنه وأنحائها ثابتة لصاحب المال ومنها منع الغير عن المزاحمه معه فيها، ولازم ذلك عدم تأثير تلك المزاحمه فى ملكيته له، فلا أثر لرجوع المعطى، وهو المقصود من اللزوم.

هذا، ولا يصحّ التمسك به بتقريب: أنه يدلّ على السّيلطنه فى جميع الأحوال والأزمنه، ومن ذلك زمان وحال رجوع المالك فيما انتقل عنه. إذ يرد عليه: إنّ موضوع السّيلطنه كما هو ظاهر كلمه «أموالهم» هو المال المضاف إلى الناس بإضافه الملكيه، فلا بدّ من لحاظ حيثيه «مالهم»، وعندما يرجع المعطى فيما أعطاه، نشكّ فى خروج المال وعدم خروجه عن كونه ملكاً للآخذ، فالموضوع مشكوك فيه، والتمسك بالحديث من أجل إثبات عدم الخروج، تمسك بالحكم فى حال عدم إحراز موضوعه. فالقول بعموم الحديث للأزمنه والأحوال تام، إلّا أنه لا يصلح لإثبات الموضوع فى المقام.

وأما الإشكال: بأن معنى الحديث: أنّ الناس غير محجورين من التصرف فى أموالهم، ولا مساس له بهذا البحث، كما فى تعليقه المحقق الخراسانى (1).

ص: ٢٣٩

(١ - ١) حاشيه المكاسب: ١٤.

فقد تقدّم الجواب عنه، بأن الحديث مسوق لإثبات السّلطنة، ومعناها التّمكّن من الشّيء عن قهر، فهو يفيد القاهريّه وهو أمر وجودى وليس فى مقام النفى، نعم، لازم القاهريّه عدم المحجوريّه.

والمهمّ ما أورده بعض الأكابر بما توضيحه: إنّ الموضوع فى الحديث هو «أموالهم»، ومادام هذا الموضوع ثابتاً بالحكم وهو «السّـ لطنه» موجود، وإذا كان للطرف المقابل حق التملّك، فذاك إخراج موضوعى، ولا مزاحمه أبداً بين دليل الإخراج الموضوعى والحكم المترتب على الموضوع، ولذا، فقد تقرّر فى الأصول أنه لو قال: أكرم العلماء، وجب إكرام زيد وعمرو وبكر... فلو قال: لا تكرم زيدا، وقع التعارض وتقدّم على العام إذا كان أظهر منه وإلا فلا، أمّا لو قال: زيد ليس بعالم، فإنه يتقدّم عليه حتى وإن كان أضعف منه ظهوراً، لأنّه يزاحمه فى الموضوع ورافع له. وأيضاً، فقد تقرّر تقدّم الأصل السببى على المسببى بالحكومه، والسّرّ فى ذلك أنه رافع للموضوع فى المسببى. وأيضاً، تقرّر أنّ الأماره وارده أو حاكمه على الأصل، وذلك لأن موضوع الأصل هو الشك والأماره رافعه له، ولذا لا يقع التراحم بين الأصل والأماره أبداً.

وعلى هذا، فمدلول الحديث أنه ما دامت الإضافه الملكيه موجوده، فالسلطنه ثابتة، أمّا لو قام الدليل على جواز الترادّ فى المعاطاه، أفاد أنّ للمعطى أن يرفع عنوان «أموالهم»، أى الإضافه الحاصله للآخذ بالمعاطاه، فيكون مقدّماً على السّلطنه بالحكومه أو الورود. والحاصل: عدم دلالة الحديث على إبقاء الإضافه، لأنّ الحكم لا يتكفّل الموضوع لا حدوداً ولا بقاءً، ومع عدم الموضوع وهو «أموالهم» - كما تقدّم - لا وجه للمزاحمه.

أقول: وهذا الإشكال دقيق، إلّا أنّ الإنصاف عدم وروده كذلك، لأنّ مفاد الحديث حكم وضعي، لأنه اعتبار للسّيلطنه على أموالهم، وقد عرفت أن المراد منها ثبوت جميع مراتبها، فإذا رجع المالك الأوّل، هل تتحقّق الملكيه له في ذلك الآن أو في الآن المتأخر عنه؟ إنه لا-ريب في أن الملكيه مسّبه عن الرجوع، فهو في مرتبه سابقه عليها، وعنوان «أموالهم» في تلك المرتبه محفوظ والقاهره موجوده، وحينئذٍ تتحقّق المزاحمه بين مدلول الحديث والرجوع، ويكون الحديث مانعاً عن تأثيره.

وتلخّص: تماميه الاستدلال بالحديث على الوجه الذي ذكره الشيخ (١).



قوله:

ومنه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: لا يحلّ مال امرئ إلّا عن طيب نفسه. حيث دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك، فلا يحلّ بغير رضاه. وتوهم: تعلق الحلّ بمال الغير، وكونه مال الغير بعد الرجوع أول الكلام. مدفوع بما تقدم، مع أنّ تعلق الحلّ بالمال يفيد العموم...

أقول:

الموجود في الأخبار: «لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه» وفي روايه: «لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلّا عن طيب نفس منه» وفي ثالثة:

«لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبه نفسه»(١).

ص: ٢٤٣

ووجه الاستدلال - كما ذكر الشيخ - إن حليته مال الشخص لغيره منوطه بطيب نفس صاحب المال، فليس للمالك الأول الرجوع في مال بدون طيب نفس الآخذ واسترجاعه منه: وليس الاستدلال بعموم الخبر بمعنى: أنه لا يحلّ في جميع الحالات والأزمنة، حتى يقال: بأن التمسك بالحديث مع الشك في بقاء الإضافة المالكيه بعد رجوع المالك الأول، من التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه، بل إنّ مفاد الخبر: انحصار سبب الحليته بطيب النفس، وعليه، فليس للمالك الأول حليته في المال إلا بطيب نفس الآخذ. وبعبارة أخرى: إذا حصلت المعاطاه وتحققت الإضافة الملكييه للآخذ وكان مصداقاً

ل«مال امرىء»، كان رجوع المعطى تملكاً للمال بدون رضا المالك. وقول الشيخ في دفع التوهم: «مع أن...» معناه: عدم نفوذ التصرف وعدم حليته التملك، فهو يعمّ الحكمين: الوضعى والتكليفى، فليس لأحدٍ إخراج المال عن ملكيته صاحبه.

أقول:

ليس المراد هو الحليته اللغويّة، لتكون أعمّ من التصرف والتملك، لأنّ قوله عليه السّلام: لا يحلّ... قد وقع فى حيز الإنشاء، وهو إمّا إنشاء للحكم التكليفى أو إنشاء للحكم الوضعى، فالمراد أحد الحكمين، فإنّ كان الحكم التكليفى، عاد الإشكال، إذ التصرف فى مال الغير لا يجوز، والرجوع يخرج الملك عن كونه للغير، وإنّ كان الحكم الوضعى، تمّ الاستدلال، إلّا أنه لا دليل على تعينه.

وبعبارة أخرى: إنّ الظاهر كون الاستدلال بما روى عن صاحب العصر عجل الله فرجه من أنه «لا يحلّ لأحدٍ أن يتصرف...» فإنّ كان المراد الجواز التكليفى، فهو أجنبى عن البحث، وإنّ كان المراد الجواز الوضعى ليدلّ على لزوم ما يشكّ فى لزومه وجوازه، فلا إشكال فيه، لكن تردّد الخبر بين المعنيين مانع من الاستدلال.

وتلخص: إنه لا يعمّ الحكمين، خلافاً للشيخ.

وقد يمكن توجيه الاستدلال بأنه: لا مجال مع إسناد عدم الحليته والجواز إلى المال لتقدير لفظ التصرف ونحوه، وعدم حليته المال عبارة عن عدم تملكه، فهو ظاهر فى الحكم الوضعى بلا ترديد.

والإنصاف: أن الاستدلال بالخبر مشكل، لأنه مبنيّ على أن تكون الحليته وضعيته، مع أنّ التكليفية أيضاً مراده يقيناً، فيكون اللفظ الواحد مستعملاً فى

ص: ٢٤٥



معنيين متباينين، وهو محال. هذا أولاً.

وثانياً: إن الحكم - وهو «لا يحلّ» - لا يكون حافظاً لموضوعه، وهو الإضافة المالكيه المدلول عليها بقوله: «مال امرئ».

### الاستدلال بالآيه «لا تأكلوا...»

قوله:

ويمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ» (١). ولا ريب أن الرجوع ليس تجاره ولا عن تراض، فلا يجوز أكل المال.

والتوهم المتقدم في السابق...

أقول:

إن الأكل كناية عن التصرف التملكي، فلا يجوز في المعاملات إلا أن تكون تجارة عن تراض، فإذا وقعت المعاملة وأصبح الطرف المقابل مالكا، لم يجز للمعطي الرجوع أو الفسخ والتملك لما أعطاه، إلا أن تكون تجاره عن تراض.

والتوهم السابق جارٍ هنا، بأن يقال: لم لا يكون رجوعه جائزاً وموجباً لخروج المال عن كونه للغير؟ فأجاب الشيخ:

لأن حصر مجوز أكل المال في تجاره إنما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل لا لغيره.

أى: نستدلّ بجمله المستثنى الدالّ على انحصار الأكل التملكي في

ص: ٢٤٦

التجاره عن تراض، فإذا لم تكن، كذلك كان التملك أكلاً بالباطل، فالرجوع لا عن تراض منهى عنه.

وقال السيد فى التعليق على قول الشيخ: «والتوهم السابق جارٍ هنا» قال:

يعنى مع دفعه (١).

أقول: لقد كان التوهم السابق أنه لا دلالة على اللزوم، لأنه بالرجوع والفسخ يرتفع الموضوع وهو كون المال للغير، وكلّ حكم يدور مدار ثبوت موضوعه ولا يعقل أن يكون مثبتاً له، لا حدوداً ولا بقاءً، ولا منافاه بين خروج المال عن كونه للغير بنحو من الأنحاء، سواء كان بالرجوع أو الفسخ أو غير ذلك، فهى ناهيه عن أكل مال الغير بالمعنى الأعم من التصرف فيه وتملكه، إلّا بالتجاره عن تراض.

لكنّ شيخنا الأستاذ قال: وفى بعض النسخ المصححه: والتوهم المتقدم فى السابق غير جارٍ هنا (٢).

أقول: وهذا ليس ببعيد، لأن مساق كلام الشيخ: إن هذا أكل بنحو التملك، والآيه تحصر الأكل كذلك بأن يكون تجاره عن تراض. والحاصل:

إن الرجوع والفسخ ليس من التملك عن تراض، فهو غير جائز ونافذ.

قوله:

ويمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها....

أقول:

ويمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها، فإنه - بقتضى الفهم العرفى - يكون الرجوع فى المال بغير رضا المالك تصرفاً وأكلاً بالباطل.

ص: ٢٤٧

١-١) حاشية المكاسب ١ / ٣٥٩.

٢-٢) حاشية المكاسب ١ / ١٤١.

قوله:

نعم، بعد أن أذن المالك الحقيقي وهو الشارع... .

أقول:

اللَّهُمَّ إِيَّاكَ كُلَّ مَوْرِدِ أَذْنِ الشَّارِعِ فِيهِ بِالتَّصَرُّفِ، كَمَا فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ، فَإِنَّهُ - لَوْلَا-يَتَّهَمُ الْعَامَّةَ الْمَطْلُوقَةَ - قَدْ أَذِنَ لِكُلِّ مَنْ  
المتعاملين بفسخ المعامله ما دام في المجلس وإن لم يرض الطرف الآخر، وكذا في خيار الحيوان، حيث جعل للمشتري السِّلْطَنَه  
على فسخ المعامله إلى ثلاثة أيام وإن لم يرض البائع، وكذا في الشفعه، حيث يكون للشريك تملك الحصه المبيعه بدفع ثمنها  
للبيع وإن لم يرض المشتري.

قال:

ولذا كان أكل المارّه من الثمره الممرور بها أكلاً بالباطل، لولا إذن المالك الحقيقي.

وبالجملة، فإنه في الموارد التي جعل صاحب الولاية الخيار أو السِّلْطَنَه على الرجوع، تكون الآيه المباركه مخصّيه، أمّا في  
غيرها، فهي دالّه على عدم الجواز.

فهذا وجه الإستدلال، والإنصاف أنه لا بأس به (١).

ص: ٢٤٨



قوله:

مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع مثل: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: البيعان بالخيار ما لم يفترقا.

أقول:

إنّ التعاطى بيع بالحمل الشائع، فالمتعاطيان يبيعان، فلهما الخيار ما لم يفترقا، وإن كان هذا الخيار قهراً عليهما من الشارع، إلا أنه محدود بما دام كونهما في المجلس، فإذا افترقا فلا خيار لهما ووجب البيع.

فالخبر يدلُّ على أن لا تأثير للرجوع بعد التفريق من المجلس، وهذا هو اللزوم.

نعم، هذا الاستدلال يتوقف على أن يكون «الخيار» في الخبر أعمّ من فسخ العقد والتراذ، أمّا لو قيل بأن المراد منه خصوص الفسخ فقط، أشكل الاستدلال به لمنع الرجوع في المعاطاه، إلا أنه يمكن دفعه بتنقيح المناط.

فلا بأس بالاستدلال بالخبر للزوم المعاطاه.

## الاستدلال بالآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

قوله:

وقد يستدلُّ أيضاً بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بناءً على أن العقد هو

مطلق العهد كما في صحيحه عبد الله بن سنان، أو العهد المشدّد كما عن بعض أهل اللغة. وكيف كان، فلا يختص باللفظ، فيشمل المعاطاه.

أقول:

في تفسير الصافي (١) عن القمي رحمه الله عن الصادق عليه السلام:

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أي: بالعهود.

ونقل الشيخ عن بعض أهل اللغة أنّ العقد هو العهد المشدّد (٢).

وفي المفردات: العقد: الجمع بين أطراف الشيء، ويستعمل ذلك في الأجسام الصّلبه، كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني، نحو عقد البيع والعهد وغيرهما... (٣).

وعلى الجملة، فإنّ العقد هو العهد المرتبط والمشدود بعهدٍ آخر، ولا منافاه بين ذلك المذكور في الكتب اللغويّه وما جاء في النصّ الصحيح.

ومّا يشهد بذلك إسناد «الوفاء» بالعهد في موارد كثيره من القرآن الكريم، قال تعالى: «أَوْفُوا بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ» (٤) و «وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ» (٥) و «بَلَى مَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ وَاتَّقَى» (٦) و «الْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا» (٧) إلى غير ذلك.

فهل المعاطاه عقد؟ وما المراد من الوفاء؟ وهل هذا الأمر إرشادي أو

ص: ٢٥١

١-١) تفسير الصافي ٢ / ٥ عن تفسير القمي ١ / ١٦٠.

٢-٢) لسان العرب ٩ / ٣٠٩.

٣-٣) المفردات في غريب القرآن: ٣٤١.

٤-٤) سورة البقره: ٤٠.

٥-٥) سورة النحل: ٩١.

٦-٦) سورة آل عمران: ٧٦.

٧-٧) سورة البقره: ١٧٧.

مولوى؟ وعلى الثانى وضعى أو تكليفى؟

قيل: العقد - وهو عبارته عن العهد المشدد أو الميثاق المبرم - يعتبر أن يكون باللفظ، والمعاطاه لا تسمى عقداً.

ولكنّ كلاً من اللفظ والفعل يصلح لأن يكون مظهراً للميثاق الذى تقرره النفس الناطقه الإنسانيه، والمفروض هو المعاطاه الحاصله بقصد التمليك، فكل من الطرفين يقرّر أن يكون ماله للآخر، أو فقل: البائع يقرّر بالمعاطاه أن يكون ملكه للمشتري بعوض، وذاك يقبل بأخذه الشئ ويدفع العوض وفاءً.

وعلى الجملة، فإنّ العقد بالمعنى المذكور فى الروايه واللغه، صادق على المعاطاه.

وأما الوفاء، فهو عبارته عن ترتيب أثر المقتضى على طبق اقتضائه على وجه الكمال والتمام، فى مقابل النقص أو النقص.

وربما يتوهم: أن المقتضى - وهو التمليك والتملك - أثره هو التسليم والتسلم، فيكون «أوفوا» أمراً بتسليم ما ملكه.

لكنه يندفع: بأن الأمر بالوفاء فى الآيه مطلق، وإطلاقه يعم جميع الآثار، ومنها التسليم والتسلم، فمن ملك غيره شيئاً وجب عليه تسليمه ما ملكه، لكنّ عدم التصرف فى مال الغير وتوقفه على الإذن من الآثار كذلك، فالآيه غير ظاهره فى خصوص التسليم والتسلم.

وربما يتوهم أيضاً: أن إيجاب الوفاء بالعقد يدور مدار ثبوت العقد ووجوده، والرجوع والفسخ يحلّ العقد فلا يبقى موضوع للوفاء، فالآيه غير داله على لزوم العقد.

والظاهر: أن هذا التوهم قد نشأ من أخذ العقد فى الآيه بالمعنى الاسم مصدرى، لكنه بالمعنى المصدرى، لأن الإنسان يملك الشئ عند ما ينشئ

العقد لفظاً أو فعلاً، وقولنا: هذا العقد باق، اعتبار. والبقاء الاعتبارى غير العقد الذى وجد فى الخارج.

فمعنى الآيه المباركه: إن العقد الذى حققتموه فى الخارج يجب عليكم الوفاء به، وليس معناها أن الأمر الاعتبارى الذى جعل له البقاء اعتباراً يجب الوفاء به، حتى يقال بارتفاعه بالرجوع أو الفسخ. وبالجملة، فإن ارتفاع الموضوع بما ذكر إنما يتم لو كان المراد من العقد فى الآيه هو المعنى الاعتبارى الاسم مصدرى الذى يعتبر له البقاء، وقد عرفت أن المراد منها ليس إلّا المعنى المصدرى، وحينئذٍ، يكون الشىء للطرف ولا يجوز المعارضه معه بوجه، والرجوع نقض للعهد ومخالف للوفاء، فهو منهي عنه.

وأما أن الأمر فيها إرشادى أو مولوى؟ فقد كان للميرزا الاستاذ رحمه الله قاعده كليته فى أن الأوامر المتعلقة بالعبادات لها ظهور ثانوى فى الجزئيه والشرطيّه، فقوله: إرّكع، إرّشاد إلى أن الرّكوع جزء من الصّلاه، وقوله:

توضاً للصّلاه، إرّشادٌ إلى شرطيته لها، وكذا الكلام فى النواهي، فقوله: لا تصلّ فى الحرير، لا تصلّ فيما لا يؤكل لحمه، إرّشاد إلى المانعيه.

وأما فى المعاملات، فالأمر والنهى بيان لاعتبار وجود خصوصيته أو عدم وجودها، فإذا قال: لا تغزّ فى البيع، كان المعنى: أن الغرر مفسد للبيع، وإذا قال: بع بالكيل، كان المعنى: إن الكيل شرط.

وعليه، فالآيه المباركه إرّشادٌ إلى صحّه العقود وأنها مؤثره شرعاً، وعليه، فلا دلالة لها على اللّزوم.

لكنّ الإنصاف عدم إمكان المساعدة على ما ذكره بنحو الإطلاق، وقد كنّا نخالفه فى الدرس ونقول: بأنّ رفع اليد عن ظاهر الكلام فى المولى لا يكون إلّا بالقرينه، فلولا القرينه على الإرشاديه، فإن مقتضى قاعده إبقاؤه



وقد أوجب الشارع بالآية المباركة ترتيب الأثر على العقد ترتيباً كاملاً، وهو يدل بالالتزام على الصحه، إذ لا يعقل أن يكون الشيء الفاسد يجب الوفاء به وترتيب الأثر عليه، وإذا دلت الآية على الصحه، أمكن القول بدلالتها على اللزوم، لأنه مقتضى إطلاق الأمر بالوفاء، أى: فى جميع الآثار والأزمنة والحالات، فالعقد لازم سواء فسخ أو رجع أو لا.

فالأمر فى بدو الأمر حكم تكليفى، ويدل بالالتزام على الصحه، وهو من جهة الإطلاق، يدل على وجوب ترتيب الآثار كلها، وهذا معنى اللزوم.

وكان الميرزا الاستاذ يقول: بأن قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بنفسه اعتباراً للحكم الوضعى، أى اللزوم.

وهذا وإن كان جائزاً، بأن يكون من باب ذكر اللزوم وإرادته الملزوم، لكن لا دليل عليه، بل الصحيح ما ذكرناه.

وتلخص: أن الآية تدل على أن كل عقد شك فى جوازه ولزومه، فهو لازم، وشمولها للمعاطاه موقوف على صدق «العقد» عليها، وقد تقدم بيان ذلك.

لكن شيخنا الميرزا كان يقول: بأنها تدل على اللزوم فى العقود اللفظية فحسب، ولا تشمل المعاطاه لعدم كونها عقداً، وتوضيح كلامه قدس سره يتم ضمن امور:

١ - إن تمليك الشيء مع الالتزام بذلك بعدم نقضه هو العهد، ولولا هذا الالتزام القلبي لم يصدق عليه عنوان العقد، بل يكون مجرد مبادله مال بمال، فالعقدية منوطه بجهه الالتزام القلبي الباطنى المذكور.

٢ - والأمور الباطنه لا يترتب عليها أثر ما لم تبرز خارجاً، ولذا لا أثر للنيات والعزائم المجرده.

٣ - والدلالة الالتزامية من أحكام الألفاظ، وأما الأفعال فلا دلالة لها.

وعلى ما ذكر، فلو أنشأ مبادل مالٍ بمالٍ باللفظ، دلّ بالالتزام على الأمر الباطني المزبور، ولذا يسمّى بالعقد، وأما لو أنشأ ذلك بالفعل الخارجي، فقد حَقَّق المبادله، لكنّ الدلالة الالتزامية غير موجودة، فلا تسمّى بالعقد وإن كانت تمليكَاً.

لكنّ التحقيق: إن العقد عبارته عن الإرتباط بين الشئيين، وهو العهد، ولما كان التمليك من الأمور الإنشائية الناشئة من النفس الإنشائية الناطقة، كان عهداً من العهود، ولا حاجة معه إلى عهدٍ والتزامٍ زائد.

وقوله رحمه الله: بأنّ العقد له مدلولان: مطابق، وهو عبارته عن مضمون العقد الذي ينشؤه العاقد كمبادله مالٍ بمالٍ الذي هو البيع، والتزامي، وهو عبارته عن التعهد والالتزام بالمضمون.

فيه: أنه إذا كانت العهديه بلحاظ أنّ مبدء الإنشاء الصادر هو ما في الضمير، وأنّ التمليك الذي يحقّقه إنما هو مقتضى عزمه والتزامه، فحينئذٍ لا فرق بين أن يكون المظهر له قولاً أو فعلاً، وسيأتي في مباحث الخيار - في أنه إذا شرط في ضمن العقد وتخلّف الشرط - : أنّ التحقيق ثبوت الخيار وعدم بطلان العقد، لأنّ التمليك الحاصل من البائع - مثلاً - يشتمل على التزام باطني بما فعله، والدليل على ذلك هو ظاهر الحال لا اللفظ، خلافاً للاستاذ قدّس سرّه، وشرط الخيار يرتبط بظاهر الحال، لا أنّ الملكيه منوطه بالشرط حتى تنتفي بانتفائه ويبطل العقد، بل الالتزام منوط به، فيكون العقد على حاله مع ثبوت الخيار (١).





قوله:

وكذلك قوله صلى الله عليه وآله: المؤمنون عند شروطهم، فإن الشرط لغه مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

أقول:

تقريب الاستدلال - سواء كان لفظ الحديث: «المؤمنون» (١) أو «المسلمون» (٢) - أن المؤمن إذا اشترط شرطاً يقف عنده ولا يتخلف عنه، وهذا هو المدلول المطابقى، وهو حكم تكليفى ظاهراً، فيجب الوفاء بالشرط ولا يجوز رفع اليد عنه.

والقول بأنه (٣) كناية عن صحه الشرط أو لزومه: خلاف الظاهر.

إنما الكلام فى الصغرى، إذ المعاطاه بيع، ولكن هل البيع شرط حتى يجب الوقوف عنده؟

قد اختلفت كلمات أهل اللغه فى معنى الشرط، ف قيل: هو الإلزام والالتزام، وقيل: العهد، وقيل: التعليق، وقيل: الربط. وفى القاموس: قرار

ص: ٢٥٨

١-١) وسائل الشيعه ١٥ / ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الرقم: ٤.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الرقم: ١.

٣-٣) حاشيه المكاسب للإصفهانى ١ / ١٤٨.

يرتبط بالبيع، ولا يبعد أن يكون الأول، ولذا يقال في التكويتيات: الشرط في نموّ النبات شروق الشمس عليه، أو الشرط في تحوّل الماء بخاراً إصابه النار.

أى يلزم ذلك.

وبعبارة اخرى: اللّزوم تاره: تكويني، فيقال: شرط المشى كذا، وشرط الجلوس كذا، وشرط الطبخ كذا... واخرى: جعلى، فيقال: الوضوء، ستر العوره، الاستقبال، شرط للصلاه... فالصلاه مرتبطه بهذه الامور، وثالثه:

اللّزوم الحاصل بحسب الجعل، بأنّ يقيّد المتعاقدان التزامهما بالبيع - مثلاً - بشيء كخياطه الثوب.

وعلى ما ذكر، فإن كان الالتزام الابتدائي مصداقاً للشرط، كان البيع شرطاً، إلّا أنّ ذلك غير ثابت لغه، بل القدر المتيقّن من الشرط أن يكون العمل مرتبطاً بعملٍ آخر، فيتحقّق اللّزوم والالتزام بين العمليين.

فظهر: أن صدق عنوان «الشرط» على «البيع» غير واضح، ففي الاستدلال بالحديث على لزومه نظر(١).

ص: ٢٥٩



## فى دعوى الإجماع على عدم اللزوم؟

قوله:

والحاصل أنّ الحكم باللزوم... إلّا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاه... .

أقول:

والحاصل: إنه كلّما شك في لزومه وجوازه، فإنه يبنى على لزومه بلا ريب.

إلّا أن فى خصوص المعاطاه - مع كونها بيعاً مفيداً للتملك - دعوى الإجماع على عدم اللزوم، وقد ذكر الشيخ بعض الكلمات.

والإجماع فى المقام تارة: بسبب قد ادّعاه بعض الأساطين (١) وجامع المقاصد (٢)، وادّعى أن لكلّ من الطرفين الرجوع. واخرى: مرّكب، لأن

ص: ٢٤١

---

١-١) شرح القواعد ٢ / ١٥.

٢-٢) جامع المقاصد ٥ / ٣٠٩.



الأصحاب بين قائل: بأن المعاطاه تفيد الملك، وقائل: بأنها لا تفيده، فالقول بأنها تفيد الملك اللّازم إحداث لقول ثالث.

إلّا أنّ الإجماع المركّب، إنّما يتحقّق - كما تقرّر في محلّه - فيما إذا كان للقولين دلالة التزاميّة على نفي القول الثالث، وإلّا فلا أثر لكون الأئمّه على قولين، ولا مانع من إحداث القول الثالث، وما نحن فيه من هذا القبيل.

وبعبارة اخرى: إنه مع عدم الدلالة الالتزاميّة على نفي الثالث، يكون الفقهاء ساكتين عنه، فيكون حكمه حكم الإجماع السكوتى الذى لا كاشفيّه له عن رأى المعصوم أو الدليل المعتبر، ولا يوجد فى المقام هذا الاستكشاف الذى هو ملاك الحجّيه، كما لا يخفى.

وأما دعوى الإجماع البسيط ففيها:

أولاً: لقد ذكر العلامة: أنّ الأشهر عندنا أنه لا بدّ من الصّيغه، وهذه العبارة - كعبارتيه فى المختلف والتحرير (1) - ظاهره فى عدم تحقّق الصغرى.

وثانياً: سلّمنا، لكنّه إجماع منقول، وهو ليس بحجّه.

وقال الشيخ: إن المظنون قوياً تحقّقه على عدم اللّزوم... .

ومجرّد الظنّ بالإجماع - ولو كان حجّه - ليس بحجّه.

### فى دعوى السيره على عدم اللّزوم؟

قوله:

بل يمكن دعوى السيره على عدم الاكتفاء فى البيوع الخطيره التى... .

أقول:

الإنصاف عدم الفرق - فى السيره المتعارفه بين العقلاء - بين الامور

ص: ٢٦٢

---

١- ١) تذكره الفقهاء ١٠ / ٧، مختلف الشيعة ٥ / ٥١، تحرير الأحكام ١ / ١٦٤.

الخطيره والمحقره.

وقوله: نعم، ربما يكتفون بالمصافقه... .

فيه: إن لفظ بارك الله لك ونحوه، ليس إنشاءً للتمليك، فإذا كانوا يكتفون بذلك، فهم بالمعاطاه ينشأون التمليك، والمصافقه وقولهم ذلك يكون بعد الإنشاء.

وقوله: بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع... .

فيه: إن الأمر ليس كذلك، بل يقال للراجع أنك قد بعت وقضى الأمر فلا ترجع، ولذا نرى أن الراجع يلتمس من الطرف الآخر الموافقه على التردا.

وتلخص: أن لا مشكله من ناحيه الإجماع والسيره.

وأن الأدله على لزوم المعاطاه محكمه.

وقد ذهب شيخنا الميرزا إلى أن مقتضى القاعده عدم لزوم المعاطاه، فقال بأن الجواز أو اللزوم:

تارة: حكم شرعى، فالشارع هو الحاكم بلزوم العقد أو جوازه بمقتضى الملاك، وفي مثله لا يعقل ارتفاع الحكم أو تحقق ما يخالف الحكم الشرعى من المتعاقدين، ومن ذلك عقد النكاح وعقد الضمان وجميع موارد الإيقاعات إلا ما شد من اللوازم، وكالهبه غير المعوضه ولغير ذى رحم، ونحو الهبه من موارد العقود الجائزه بحكم الشرع.

واخرى: حقى، بأن يكون له الحق فى الرجوع أو لا- يكون له ذلك، وهذا قد يكون بجعل من الشارع، وقد يكون بجعل من المتعاقدين.

والقاعده الكليه هى: أنه كلما لا يقبل الإقاله، فلا يقبل الخيار وحق الرجوع، وكلما يكون قابلاً لذلك بجعل من الشارع أو منها، فهو قابل للخيار والرجوع.

ص: ٢٤٣

ثم قال:

إن المتعاملين لما يملكان المال، فكلُّ منهما يملك الآخر التزامه بما أنشأه ويكون مسلطاً عليه، إلّا أن يرفع يده عن تسلطه، وهذا هو الإقالة، ولو اشترط الخيار، فإن كان لكل منهما، فلا تملك للالتزام، وإن كان لواحد، كان من له الخيار مالكاً للالتزام نفسه دون الآخر الذي لم يشترط له الخيار، فإنَّ التزامه ملك للطرف.

وعليه، ففي مورد الالتزامات الحقيقيه، إذا لم يكن دليل على اللزوم الحقي من ناحيه الشارع، فلا بدّ من الدليل عليه من ناحيه المتعاملين، فإن كان الإنشاء لفظياً، دلّ بالالتزام على تسليطه الطرف الآخر على التزامه بالمنشأ، وأما إن كان التملك بالتعاطي، فلا توجد تلك الدلاله، وتبقى المعامله قابله للإقاله والتراد، ولا دليل على لزومها.

فمقتضى القاعده: عدم لزوم المعاطاه.

أقول:

إننا لو سلّمنا جميع المقدمات، فإن الدليل الشرعي قائم على لزوم المعاطاه إذا افترقا، وهو قوله عليه وآله الصيلاه والسلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع.

وبعد التنزل، فالإستصحاب.

فالمعاطاه - بما هي هي - على تقدير التسليم بالمقدمات، وستكلم عليها في الخيارات - غير مقتضيه بنفسها اللزوم الحقي والحكمي، ولكن حيث لا دليل على جوازها، فإن مقتضى الأدله والإستصحاب أنها الملك اللّازم، ويكون القول بالجواز محتاجاً إلى الدليل. والله العالم.

ص: ٢٦٤

قوله:

بقى الكلام فى الخبر الذى تمسّك به فى باب المعاطاه، تارةً على عدم إفاده المعاطاه إباحه التصرّف، واخرى على عدم إفادتها اللّزوم... وهو قوله صلى الله عليه وآله: إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام. وتوضيح المراد منه... .

أقول:

عن خالد بن الحجاج - كما فى التهذيب (١) - أو ابن نجيح كما فى الكافى (٢) قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يجيئنى ويقول: اشتر لى هذا الثوب وأربحك كذا وكذا.

فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟

قلت: بلى.

قال: لا بأس. إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام (٣).

وليس قوله: اشتر لى هذا الثوب... توكيلاً له فى الشراء، وإلّا لقال: لك أجره كذا وكذا، بدلاً عن: أربحك كذا وكذا.

وفى قوله: «اشتر لى» احتمالان، أحدهما: إزماءه بالاشتراء، كنايةً عن أنى قد اشتريت منك بالفعل ما ليس عندك بربح. والثانى: الطلب منه لأن يشتري لنفسه ثم يبيعه الشىء بربح، فلا تكون المعامله واقعهً بالفعل وإنما هى

ص: ٢٦٥

١- (١) تهذيب الأحكام ٧ / ٥٠، الرقم: ٢١٦.

٢- (٢) الكافى ٥ / ٢٠١، الرقم: ٦.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الرقم: ٤.

مواعده ومقاوله. والثاني، لا إشكال فيه دون الأوّل.

قوله:

إن هذه الفقرة - مع قطع النظر عن صدر الرواية - تحتمل وجوهاً... .

أقول:

فذكر أربعة وجوه.

وقوله: مع قطع النظر... إشاره إلى أنه لا مجال لشيء من الاحتمالات بالنظر إلى صدر الرواية، لأن الذي فيه هو الكلام المعاملي لا مطلق الكلام واللفظ.

وأما الوجوه:

فالأوّل: أن تكون الحليّة والحرمة منوطين بالتلفّظ، فلا بدّ من النطق الدالّ، سواء بالدّلاله المطابقيه أو الالتزاميه، وأنه لا يكفى القصد والتّيه ولا العمل الخارجى، فيكون مدلول الخبر: عدم إفاده المعاطاه الملكيه.

لكنّ هذا المعنى ليس بمرادٍ كما ذكر الشيخ، إذ مفاد الخبر أنه ليس له أن يبيع الشيء قبل أن يشتريه، وأنّ الكلام الواقع فى المعامله محلّ تارةً ومحرم اخرى إذا وقع قبله، كما فى الصحيحه: «عن رجل قال لى: اشتر هذا الثوب وهذه الدابّه وبعنيها، اربحك فيها كذا وكذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» (1).

وأورد الشيخ على الوجه الأوّل:

أولاً: إن قوله: إنما يحلّ الكلام... بمثابة التعليل للجواب عن السؤال، فلو كان الوجه الأوّل هو المراد، لما كان له ارتباط بالسؤال والجواب.

ص: ٢٦٦

وثانياً: إن انحصار المحلل والمحرم باللفظ يستلزم تخصيص الأكثر، لأن الحيازه محلله، والمعاطاه محلله، وغلجان العصير العنبي محرم وذهاب ثلثيه محلل، الهدية والهبة والضيافة محلل، والسفر محلل، والحضر محرم، فالمحللات والمحرمات غير اللفظية كثيرة في الشريعة.

وكلامه متين جداً.

والثاني: أن يكون المعنى: إن الكلام بماله من المضمون، أي المضمون الذي يؤدي بالكلام، إن كان على الموازين الشرعية، كان محللاً، وإلا كان محرمًا، نظير الخبر في المزارعه عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر.

فقال: لا ينبغي أن يسمى بذراً ولا بقرًا، ولكن يقول لصاحب الأرض:

أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا، نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، ولا يسمى بذراً ولا بقرًا، وإنما يحرم الكلام» (١).

أي: فإذا كان مضمون المزارعه هو المشاركة في الزرع بأن يكون لكل منهما نصيب، كان الكلام محللاً، وإن لم يكن كذلك فالكلام محرم.

وفيه - كما ذكر الشيخ - أن المورد ليس من المقصود الواحد الذي يُنشأ بمضمونين، بل الذي وقع السؤال والجواب عنه هو المعاملة مع من ليس بمالك للشئ، بل عليه أن يشتريه ويبيعه بربح. فهذا المعنى لا مناسبه له بالخبر أصلاً.

والثالث: أن يكون الكلام الواحد محللاً إن وقع في محله، كما في العقد على المرأة الخلية، ومحرمًا إن وقع في غير محله، كما في العقد على المرأة

ص: ٢٤٧

المعتدّه. أو يكون وجوده محلّلاً، كما لو أذن في التصرف، وعدمه محرّماً، كما لو لم يأذن بذلك.

وفى الوافى (١): المراد من الكلام إيجاب البيع، فلمّا لم يكن عنده الشىء، كان إيجابه محرّماً وعدم إيجابه محلّلاً.

وقد اختار الشيخ هذا المعنى على وجه الوجود والعدم.

وفيه: أن القضيّه الحقيقيه عباره عن أخذ الكلّي الطبيعي في الموضوع بإضافه الأمر الوجودى، وليس عندنا قضيّه حقيقيه اخذ في موضوعها الأعمّ من الوجود والعدم، على أنّ المحمول الثبوتى يترتب على موضوع له وجود، وإذ لا يعقل أن يكون المعدوم طرفاً للإسناد، لأن النسبه سنخ من الوجود يتقوم بطرفين ثبوتيين، فإسناد «يحلل» و«يحرم» - وهما أمران ثبوتيان - إلى «الكلام»، إنما هو إسناد إليه بماله من الوجود، فتارةً يؤثّر في الحلّي، وأخرى في الحرمة، ولا يعقل أن يكون المراد من الكلام هنا الأعمّ من الموجود والمعدوم.

وأما الوجه الأوّل من المعنى الثالث، ففيه أيضاً: إنه ليس الأمر في الغالب كذلك، لأنّ الكلام لا يكون سبباً للحرمة أو الحلّي بل كلّ منهما بسببه، فإنّ لم يكن سبب الحلّي جامعاً لشرائط التأثير ومنها كون الكلام في محلّه، أو وجد المانع عنه، فهو غير حاصل، وكان عدم حصوله هو السبب لعدم الحلّي، لا أن الحرمة مسنده إلى الكلام في غير محلّه، نعم قد يكون كذلك نادراً، كما في عقد الزواج، فإنه بالنسبه للخلّي محلّل، وللمعتدّه أو ذات البعل أو التى في حال الإحرام محرّم.

ص: ٢٤٨

وتلخص: عدم تمامية الوجه الثالث.

وقد وافق شيخنا الميرزا على هذا المعنى، لكن بيان آخر (1) هو: إن الكلام إذا استجمع شرائط التحليل يحلل، وإذا لم يستجمعها أو اقترن بشيء من الموانع يحرم.

ويمكن تأييده بأنه: إذا لم يستجمع الشرائط أو لم تفقد الموانع، لم يكن المحرم هو الكلام، مثلاً: في بيع ما ليس عنده، ليس إيجاب البيع محرماً، بل الواقع عدم الحلّيه لعدم سببها، لا أن الحاصل بالكلام هو الحرمة، إلّا أنه لما كان ارتفاع التحريم موقوفاً على وجود سبب الحلّيه - وهو اللفظ المستجمع - فإنّه إذا عدم سببها اسندت الحرمة إليه، كما تقدّم.

وكيف كان، فالمعنى الثالث أيضاً لا يمكن المساعدة عليه.

والرابع: أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله والمواعده، ومن الكلام المحرم إيجاب البيع وإيقاعه.

لكن فيه: إنه عند المقاوله لا يوجد الكلام المعاملي حتى يقال بأنّ الكلام يحلل.

وتلخص:

إن الشيخ قدس سرّه قد ذكر للخبر أربعة وجوه.

فعلى الأوّل: هناك كلامان ومدلولان. وحاصله: أن اللفظ موضوعيّ في التحليل والتحريم.

وعلى الثانی: هما كلامان والموضوعيّ للمضمون، فالمضمون الكذائي محلل والكذائي محرم، وإن كان المقصود في كليهما واحداً.

ص: ٢٦٩



وعلى الثالث: هما كلام واحد بما له من المعنى، لكنّ الاختلاف هو من حيث الوجود والعدم تارةً، ومن حيث وقوعه فى محلّه وعدم وقوعه فى محلّه اخرى.

وعلى الرابع: هما كلام واحد، لكنّ السنخ مختلف بأنه إنّ كان مقاوله فمحلل و إنّ كان معامله فمحرّم.

وقد ظهر، أن لا شىء من الوجوه صحيح.

وذكر المحقق الخراسانى وجهاً خامساً (١)، واختاره شيخنا الاستاذ (٢) ونسبه إلى صاحب الجواهر (٣) وهو:

إنّ الكلام يحلّل ويحرّم بالإضافة إلى الشخصين وإلى المالين، فإذا أوجب البيع، فالمبيع حلال للمشتري وحرام للبائع، والتمن بعد البيع حلال للبائع وحرام للمشتري.

وهذا مبنى على أن تكون الحليّة والحرمة تكليفيين.

وهناك وجه سادس، وهو جعل الحليّة والحرمة وضعيين. وتوضيحه:

إنّ القول أعمّ من الكلام، لأنّ الكلام هو القول المتضمّن للبتّ والجزم، وهو تارةً: موجب للصّحة، واخرى: موجب للفساد، فالصّحة والفساد مستندان إلى الأمر المنشأ بالكلام.

وحينئذٍ، فمعنى الخبر أحد المعنيين الأخيرين، بأنّ يكون المقصود هو السؤال عن حكم القضيّة، فيقول الإمام عليه السّلام: إن كان قوله لا يوجب سلب الاختيار عنه - بأنّ يكون أنّ شاء أخذ وإن شاء ترك - فلا بأس، إنما يحلّل

ص: ٢٧٠

١-١) حاشية المكاسب: ١٥.

٢-٢) حاشية المكاسب: ١٤٩.

٣-٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٢١٧.

الكلام بالنسبه إلى ما انتقل إليه ويحرّم بالنسبه إلى ما انتقل عنه، فالمدار في الحليه والحرمه على إيجاب البيع وهو غير متحقق الآن، ولذا قال عليه السلام: لا بأس.

وهذا هو المعنى الأول منهما، ولا بأس به، إلّا أن فيه كلفه التقدير، بأن تجعل الحليه، مضافه إلى ما انتقل إليه والحرمه إلى ما انتقل عنه.

فالأوجه هو الثانى من هذين الوجهين، يقول عليه السلام: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك، أى أن اختياره محفوظ، وحفظ الاختيار كاشف عن عدم تحقق الكلام البتّى الجزمى، وهو الموجب للصّحّه إن كان واجداً للشرائط، والفساد إن لم يكن كذلك.

وعلى الجملة، فإن مقتضى القاعدة مطابقه الجواب للسؤال، وقد كان السؤال عن حكم المعامله، مع من ليس عنده الثوب فعلاً، بأن يشتريه له ويربّحه فيه كذا وكذا.

فأجاب الإمام عليه السلام: بأنه إن قصد من «إشترى» إيجاب البيع معه بالقطع على الثوب الذى ليس عنده، فهذا باطل، وإن قصد من ذلك الطلب منه، بأن يشتري الثوب فيبيعه منه لا من غيره فى مقابل ربح معين، فلا بأس، والمهم هو أنّ الأمر بالاشترى مختار، إن شاء أخذ وإن شاء ترك، لأنه يطلب من الرجل أن يشتري لنفسه ثم يبيعه منه، وهذا لا مانع منه، وإلّا، فقد أوقع المعامله على القطع والبتّ على شىء غير موجود عند البائع، وهذا غير صحيح.

فالقول المتضمّن للبتّ والجزم - وهو معنى «الكلام» لغه - فى هكذا موردٍ مبطل، وإلّا فلا بأس.

هذا معنى الخبر، والظاهر تعدّد الكلام لا وحدته، إلّا بناءً على ما ذكره

ابن هشام فى المغنى (١)، من أنه إذا أعيدت المعرفة، فالمراد شىء واحد، وإذا أعيدت النكرة، فالمعنى متعدّد، ومثال ذلك قوله تعالى: «فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا \* إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا».

فإنه بالنظر إليه يتوجّه ما ذكرناه، وهو: إنّ القول على وجه الإبرام والجزم، قد يكون محللاً- وقد يكون محرّماً، فالكلام فى المزارعه إذا قيل:

لصاحب الأرض كذا وللزارع كذا، محلّل، وكذلك إن قال: بعث، كان محللاً، وإن قال: فسخت، كان محرّماً.

فهما سنخان من الكلام، أحدهما محلّل والآخر محرّم.

هذا، والخبر - على كلّ حال - أجنبيّ عن بحث المعاطاه مطلقاً بعد سقوط المعنى الأوّل من المعانى التى ذكرها الشيخ.

قوله:

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجه آخر... بأن يقال... .

أقول:

أوّلاً: إن هذا مبنى على المعنيين الثالث والرابع من المعانى الأربعة، وأما بالنظر إلى غيرهما، كالذى ذهب إليه المحقق الخراسانى أو الذى اخترناه، فلا يتمّ.

وثانياً: إن هذا الحصر إضافى، فلا يستظهر منه الذى ذكره، نعم، لو كان حصراً مطلقاً لأمكن.

قوله:

إلّا أن يقال: إن وجه انحصار إيجاب البيع... فتأمل.

ص: ٢٧٢

أقول:

يمكن أن يكون إشارة إلى ما سيذكره في التنبية الثاني من التنبهات - من أنه يتحقق المعاطاه بإعطاء الثمن من المشتري وأخذه من البائع، فإن أخذ الثمن بيّع للمثمن - وحينئذٍ، لا تكون الروايه أجنبيّه عن المعاطاه، هذا أوّلاً.

وثانياً: من أين نستكشف كون الشيء بيد هذا الشخص ملك أو لا، فلعلّه كان بيده، لكن لا ملكاً له بل أمانه وضعها المالك عنده، فيشتريه منه لنفسه ثم يبيعه للرجل الذي طلب منه ذلك.

ص: ٢٧٣



تنبیہات المعاطاہ

اشارہ

ص: ۲۷۵



قوله:

وينبغي التنبيه على امور:

## (التنبيه ) الأول

### اشاره

الظاهر أن المعاطاه قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع... وأما على القول بإفادتها للإباحه، فالظاهر أنها بيع عرفي... وأما على ما احتمله بعضهم بل استظهره من أن محلّ الكلام هو ما إذا قصدا مجرد الإباحه، فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفياً ولا شرعاً... .

أقول:

موضوع هذا التنبيه هو البحث عن أن الشرائط المعتره شرعاً في البيع، من معلوميه العوضين، ومعلوميه الكيل والوزن إن كانا ممّا يكال أو يوزن، ومن القبض كما لو كان صرفاً أو سلماً... إلى غير ذلك، معتبره في المعاطاه أو لا؟

أما على القول الثالث - وهو ما ذهب إليه صاحب الجواهر - من أن محلّ الكلام في المعاطاه ما إذا قصدا مجرد الإباحه، فلا يعتبر شيء من الشروط، لأنّ الواقع ليس ببيع لا شرعاً ولا عرفاً.

إلّا أنّ الكلام في دليل الإباحه الشرعيّه مع قصدهما الإباحه، فقال الشيخ:

بأنّ الدليل هو حديث السلطنه، الدالّ بعمومه على أنّ لكلّ من المتعاطيين إباحه ماله للآخر.

فأشكل على الشيخ: بأنّه لا يرى المشرعيّه لحديث السلطنه، فلا يدلّ

ص: ٢٧٧



على السبب الشرعيه لشيء من الأسباب.

ولكنه سهو، لأنهما مع قصدها الإباحه، قد أباح كلُّ منهما ماله للآخر، فهي إباحه مالكيه وترخيص صرف، فليس في البين سبب حتى نبحت عن دليل سببته.

بل الإشكال الوارد على الشيخ - ولم يتعرض له أحد فيما أعلم - أنّ هذا الترخيص في التصرف إنما هو على وجه التضمين، وكلُّ منهما يضمن صاحبه بالمسمى، سواء كان أكثر من المثل أو القيمه أو أقل أو كانا متساويين، ولا يعقل أن يكون حديثُ السلطنه هو الدليل على هذا التضمين، لأن السلطنه على المال أمر وجعل البدل عن المال أمر آخر.

فلا مناص من تصحيح هذا التضمين بالتمسك بحديث: «المسلمون عند شروطهم» بأن يكون التضمين المذكور تقييداً للإباحه، والتقييد شأنه شأن الشروط، فيشمله الحديث المزبور، ويمكن أن يقال أيضاً بكون التضمين من العهود، فيشمله عموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أي بالعهود(١).

ص: ٢٧٨

وعلى الجملة، فإنه من الممكن تصحيح هذا التّضمن، لكنّ أدلّه شرائط البيع لا تجرى فى المعاطاه بناءً على هذا القول، لعدم كون الواقع بيعاً بل هو إباحه بعوض.

### هل يعتبر فى المعاطاه شرائط البيع؟

قوله:

وأما على المختار من أنّ الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتنى على القول بإفادتها للملك والقول بعدم إفادتها إلّا الإباحه؟ وجوه.

أقول:

ذكر هنا ثلاثة وجوه:

الأول: اعتبار جميع الشروط، سواء على القول بإفادتها للملك أو الإباحه، وسواء كان دليل اعتبار الشرط هو النصّ أو الإجماع.

والثانى: عدم اعتبارها مطلقاً كذلك.

والثالث: اعتبارها على القول بالملكيه مطلقاً وعدم اعتبارها على القول بالإباحه.

وهناك وجه رابع ذكره بقوله:

ويمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النصّ، فيحمل على البيع العرفى وإنّ لم يفد عند الشارع إلّا الإباحه، وبين ما ثبت بالإجماع على اعتبارها فى البيع بناءً على انصراف البيع فى كلمات المجمعين إلى العقد اللّازم.

قوله:

يشهد للأول كونها بيعاً عرفاً فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطها فى

أقول:

الوجه الأوّل هو المختار عند الشيخ، قال مرّة: «لا- يخلو عن قوه» ثمّ قال بعد ذلك: «الأقوى اعتبارها» سواء على القول بإفاده المعاطاه الملكيه شرعاً كما هو المختار، أو القول بإفادتها الإباحه الشرعيه كما عن المشهور، لأنّ الحاصل هو البيع العرفي، والموضوع لأدله اعتبار الشروط هو ما يصدق عليه عنوان البيع عند العرف... هذا كلامه قدّس سرّه.

لكنّا قد أوضحنا سابقاً أنّ انطباق تلك الأدلّه موقوف على ثبوت الموضوعيّة عند الشارع أيضاً، فلا بدّ من قبوله إفادتها الملكيه كذلك، وإلا فلا يمكن الشمول والانطباق، إذ لا معنى لأنّ يترتب الآثار الشرعيه على ما لا يراه - أو يراه غيره - موضوعاً لها. فما ذكره سهو من قلمه.

وذكر دليلاً آخر حيث قال:

ولما عرفت من أنّ الأصل في المعاطاه بعد القول بعدم الملك: الفساد وعدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم والعدم، وهو المعامله الجامعه للشروط عدا الصيغه، وبقي الباقي.

فهما وإن قصدا البيع لكنّ الشارع لم يمض ذلك، فهو بيع فاسد ولا يترتب عليه شيء من الآثار، لكنّ مقتضى الإجماع القائم على الإباحه الشرعيه في صورته استجماع الشرائط عدا الصيغه، هو القول بالإباحه.

وبتقرير آخر: إنهما لمّا قصدا التملك، فكلّ من الطرفين يسلمّ ماله إلى الآخر بعنوان أنه ملك له، وتكون تصرّفات واقعه في ملكه، فكان كلّ منهما مملّكاً لا مرخصاً، إلّا أنه قد قام الدليل الخارجى على الإباحه، لكنه الإجماع

وهو دليلٌ لبيئ - فلو كان لفظياً لشمل فاقده الشروط أيضاً - والقدر المتيقن من الإباحه هو ما إذا كانت المعاطاه التي ليست بيعاً واجدهً لجميع شرائط البيع.

إلا أنه قد تقدم أنّ الدليل العمده في المعاطاه هو السيره العقلانيه المتصله بزمن المعصوم وغير المردوعه منه، فإن كانت قائمه على جواز التصرف فيما اخذ بها حتى في صورته فقدت الشرائط المعتمده في البيع، كانت حججه شرعيه صالحه لتخصيص الأدله اللفظيه المعتمده للشرائط، وللتقدم على دليل اعتبارها إن كان لبيئاً، لقصوره عن الشمول لمورد السيره، فتكون السيره حينئذ هي الدليل على جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاه الفاقده لبعض الشرائط.

وبالجملة، إن تم قيام السيره على جواز التصرف مع فقد بعض الشرائط، فهي الدليل على القول بالإباحه، خلافاً للشيخ القائل بعدم الدليل، وأما على القول بإفادتها الملكيه، والأدله المعتمده للشرائط لفظيه، فالسيره مخصصه.

فإن قلت: لم لا تكون الأدله المعتمده للشرائط في البيع رادعه، لأن المعاطاه بيع.

قلت: رادعتها عن السيره منوطه بعدم كونها مخصصه بها، لكن عدم التخصيص منوط بكونها رادعه... وهذا دور.

فإن قلت: حججه السيره هنا متوقفه على كونها مخصصه للعمومات المعتمده للشرائط، وكونها كذلك موقوف على عدم شمول العمومات لمورد السيره، وهذا موقوف على كونها مخصصه، فكون السيره مخصصه دورى.

قلت: قد أجبنا عن ذلك في الاصول في مباحث خبر الواحد، وفي

الإستصحاب، وذكرنا ملخص ذلك في المباحث المتقدمه.

هذا غايه ما يمكن أن يقال في المقام.

لكنّ الإنصاف عدم تماميه ما ذكر، لأنّ السيره بما هي ليست بحجّه، وإنما حجيتها من أجل كاشفيتها عن تقرير المعصوم إن كانت عقلائيّه أو قوله إن كانت متشرعيّه، ولولا إحراز ذلك لم يكن لها حجّيه، وهو مع وجود العمومات المعتبره للشرائط في البيع - والمفروض كون المعاطاه بيعاً - مشكل.

ولا فرق بين القول بأنّ المعاطاه تفيد الملك اللّازم أو الجائز، والقول بأنّ حصول الملكيه شرعاً منوط بالتصرّف أو التلف، والقول بعدم الإناطه كما هو الحق.

وأما بناءً على ما ذهب إليه بعض الأكابر من أنها معاوضه مستقلّه تفيد الملك، وما ذهب إليه المشهور من أنها تفيد الإباحه لا الملك، فالمعاطاه ليست ببيع، فلا يعتبر فيها ما يعتبر فيه.

ثم إنّ الشرائط المعتبره في البيع على ثلاثه أقسام، لأنّ الدليل على اعتباره، إمّا هو النصّ المعتبر، أو النصّ غير المعتبر، أو الإجماع. فهل جميع الشرائط معتبره في المعاطاه أو فيه تفصيل؟

أمّا ما قام على اعتباره النصّ المعتبر، فلا إشكال في اعتباره في المعاطاه مع قصدهما البيع وكونها بيعاً شرعاً.

وأما ما ثبت بالإجماع، فربّما يقال بأنّ القدر المتيقّن منه هو ما إذا كان المعاطاه بيعاً لازماً، وأمّا على القول بكونها بيعاً جائزاً - كما عليه المشهور - ففي تقيّد حليته الوضعيه بما قام عليه الإجماع شكّ، والأصل عدمه.

وأما ما ثبت منها بروايه ضعيفه عمل بها المشهور، فإنّ كان عمل

المشهور بها كاشفاً عن صدورها عن المعصوم، كانت كالتصّص المعتبر سنداً، وإلّا بل يظنّ بصدورها بسبب عمل المشهور بها، فحكمها حكم الدليل اللّبي، فيؤخذ بالقدر المتيقّن وهو ما إذا قلنا بأنّه بيع لازم.

وهذا تمام الكلام في المقام.

### هل يجرى حكم الرّبا في المعاطاه؟

قوله:

وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الرّبا فيها أيضاً وإنّ خصّصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك، لأنّها معاوضه عرفيه وإنّ لم تغد الملك، بل معاوضه شرعيه كما اعترف بها الشهيد....

أقول:

وهل يجرى الرّبا في معاطاه المكيل والموزون؟

الأقوال في المعاطاه أربعه:

أحدها: إن المتعاطيين ينشآن البيع والتمليك، لكنّها لا تفيد شرعاً إلّا الإباحه.

والثاني: إنّها تفيد البيع والتمليك شرعاً، وهل هو لازم أو جائز؟ قولان.

والثالث: إن المعاطاه معاوضه مستقله وليست ببيع.

والرابع: إنّهما يتعاطيان بقصد الإباحه لا البيع والتمليك.

أمّا على القول: بأنّها بيع وتفيد الملكيه - مع قصد المتعاطيين ذلك - فلا إشكال في جريان الرّبا، لأن القدر المتيقّن من الرّبا كونها في البيع، والمفروض أن المعاطاه - على التقدير المذكور - بيع، ولا فرق بين أن تكون الملكيه جائزه أو لازمه، ولا فرق أيضاً بين أن تجعل الملكيه منوطه

ص: ٢٨٣

بالتصرّف أو التلف، فإنه إذا كانت بيعاً ترتّب الحكم.

وأما على القول: بأنها معاوضه مستقله، فجرىان الربا مبنئى على الخلاف فى أنّ الربا مختصه بالبيع أو تجرى فى مطلق المعاوضات، فعن ابن إدريس والعلامة فى الإرشاد: الأوّل، والمشهور هو الثانى، لقوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» (١)، لأنّ الربا هى الزيادة على رأس المال وقد حرّم الله الربا، سواء كانت المعاطاه بيعاً أو معاوضه مستقله، ومن النصوص الداله على ذلك:

١ - خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث: «إنّ على بن أبى طالب كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر، لأنّ تمر المدينة أجودهما، ولم يكن على يكره الحلال» (٢).

٢ - وعن أبى عبد الله عليه السّلام أنه سئل: «أيجوز قفيز من حنطه بقفيزين من شعير؟ فقال: لا يجوز إلّامثلاً بمثل...» (٣).  
والحنطه والشعير فى باب الربا جنس واحد، كما لا يخفى.

٣ - وفى صحيح الحلبي: «الفَضُّه بالفَضِّه، مثلاً بمثل، ليس فيه زياده ولا نقصان، الزائد والمستريد فى النّار» (٤).

فالربا جاريه فى المعاطاه حتّى على القول بكونها معامله مستقله.

وأما على القول: بأنها تفيد الإباحه شرعاً وإنّ قصدا البيع والتمليك، فربّما يقال بعدم جريان الربا، لعدم الملكيه، لكنّ لحرمة الربا جهه التكليف والوضع معاً، فبناءً على هذا القول تثبت الحرمة التكليفيه، وهى بيع فاسد،

ص: ٢٨٤

١- ١) سورة البقره: ٢٧٥.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٥١، الباب ١٥ من أبواب الربا، الرقم: ١، وفيه «أدونهما» بدل «أجودهما».

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٨، الباب ٨ من أبواب الربا، الرقم: ٢.

٤- ٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٦٥، الباب ١ من أبواب الصّرف، الرقم: ١.

وحينئذٍ، لا موضوع للبحث عن الحرمة الوضعيه.

قوله:

ولو قلنا بأن المقصود للمتعاطين الإباحه لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الرّبا، لكونها معاوضه عرفاً. فتأمل.

أقول:

وهذا هو القول الأخير، وتقريب الجريان هو: إنه وإن قصد الإباحه إلا أنها بعوض، فبناءً على جريان الرّبا في المعاطاه حتى على القول بأنها معامله مستقله تكون جاريه هنا أيضاً، لما تقدّم من حرمة الرّبا في مطلق المعاوزات.

لكنه أمر بالتأمل.

ولعل وجهه: إن المراد من «يستبدل» في الروايه: إن كان الاستبدال المطلق الشامل للاستبدال من حيث الإباحه أو الملك، كانت الحرمة ثابتة، لكن ظاهر اللفظ هو بدليه الشيء عن الشيء في حدّ نفسه من جهه المكان لا من حيث عروض شيء عليه، والبدليه الإباحيه ليست بدليه عن الشيء في حدّ نفسه، لأن في الإباحه حيثه الترخيص من المالك وليس أحد المالين بدلاً عن الآخر، فالإباحه بالعوض ليست إباحه مطلقه مجانيه، لكن لا دليل على جريان الرّبا في الإباحه بالعوض، لعدم الاطلاق في «الاستبدال».

وبالجملة، فإن الرّبا تجرى في مطلق المعاوزات الملكيه، لا الأعم من الملكيه والإباحيه.

وتلخص: إن المعاطاه بيع، والقدر المتيقن من أدله تحريم الرّبا هو البيع، فهي جاريه في المعاطاه.

ص: ٢٨٥



قوله:

وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم، فيمكن نفيه على المشهور، لأنها إباحه عندهم، فلا معنى للخيار، وإن قلنا بإفاده الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار... إلّا أن أثره يظهر بعد اللزوم... ويحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصّه بالبيع... .

أقول:

عبارة مجمله، ولذا أشكل عليه بعض الأكابر (1): بأنها إن أفادت الملك فهي بيع قبل اللزوم، فلماذا قال بعد اللزوم؟

لكنّ الظاهر غفله المستشكل عمّا سيذكره الشيخ في التنبيه السابع، حيث نقل عن الشهيد الثاني في المسالك قوله: «اللهم إلّا أن يجعل المعاطاه جزء السبب والتلف تمامه»، فمن ملزمات المعاطاه التصرف، ومنها التلف، وعلى هذا، فإنّ المعاطاه جزء لسبب، وبعد تحقّق الجزء الآخر - وهو التصرف أو التلف - يصدق البيع بالحمل الشائع، وأما قبل ذلك، فقد تحقّق جزء السبب ولا يصدق عنوان البيع.

فالإشكال مندفع.

ويمكن أن يحمل كلام الشيخ على أنّ المراد هو: إنّ المعاطاه تفيد الملك الجائر ويجرى فيه الخيار، فإنّ لزم بأحد الملزمات ظهر أثر الخيار، لأنّ الخيار يناسب اللزوم.

هذا، وتفصيل الكلام بالنظر إلى الأقوال في المعاطاه أن يقال:

ص: ٢٨٤

أما على القول: بأن المتعاطين ينشآن الإباحه من أول الأمر، كما ذهب إليه صاحب الجواهر، فلا معنى للخيار مطلقاً.

وأما على القول: بأنها معاوضه مستقله، كما حكى عن الشيخ الكبير، ثبت فيها الخيارات الجاربه فى مطلق المعاوضات دون المختصه بالبيع.

وأما على القول: بأنهما ينشآن البيع، لكن الشارع لا يرتب إلا الإباحه، كما هو ظاهر المشهور، فلا تجرى الخيارات، لأنه بيع فاسد لا يفيد إلا الإباحه الشرعيه، والملكيه إنما تحصل بسبب حادث لا بالمعاطاه.

ولا يتوهم: أن موضوع أدله الخيارات هو البيع العرفى، وهو صادق عرفاً على فصل المتعاطين، فلا بد من جريان تلك الأدله.

وذلك: لأن الشارع لا يرتب حكماً من أحكامه على شىء لم يجعله موضوعاً لذلك الحكم، والمفروض هنا أن المعاطاه عند الشارع بيع فاسد، وإن كانت عند العرف بيعاً، ولا يعقل أن يرتب حكماً من أحكام البيع على ما هو موضوع عند غيره وليس بموضوع عنده!

وأما على القول: بأن المعاطاه بيع لكنّها جزء السبب، والجزء الآخر هو التصرف الناقل أو التلف، كما حكاه الشيخ عن المسالك، - بمعنى أن يقتضى صدق عنوان البيع لكنّه لا يتم إلا بأحد الأمرين، أو هو جزء للمقتضى وأحدهما الجزء الآخر، والتعبير الأول أجود، وقريب منه كلام المحقق الخراسانى، إذ جعل المقام نظيراً لبيع السلف كما تقدّم. وبالجملة، فإنه بالتصرف أو التلف يكون بيعاً شرعياً - فقال الشيخ: بثبوت الخيار وأن أثره يظهر بعد اللزوم.

والإنصاف: أنه لا يمكن المساعدة عليه، لأنه إذا ثبت ظهر أثره عند ثبوته، إذ لا معنى لانفكاك الأثر عن ذى الأثر، وأما إن لم يكن ثابتاً وإنما

المقتضى له موجود، فتحققه يكون بعد اللزوم.

وأما على القول: بأنهما ينشآن البيع والتمليك، والملكيه الشرعيه متحققه من أول الأمر، لكنّها بيع جائز حتى يجيء شيء من الملزمات فيلزم، كما عليه الشيخ، فالظاهر أن عمومات أدلّه الخيار في البيع مثل: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع» تعمّ البيع اللّازم والجائز، وكذا قوله عليه السّلام: «صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثه أيام» فإنه يعمّ المعاطاه المفيده للملكيه. لكنّ الإجماع قائم على عدم اللزوم، فجعل الخيار من الشارع يستلزم اللغوويه وهو محال.

فالخيارات البيعيه غير جاريه في المعاطاه، على القول المختار.

اللهم إلمأ أن يقال: بأن الخيار حقٌّ وموضوعه عباره عن حلّ العقد، والجواز - في قولنا: المعاطاه تفيد الملك الجائز - حكمٌ وموضوعه هو التراد، فالخيار غير الجواز موضوعاً وحكماً، ولا يخفى الفرق بين الحق والحكم، من حيث أن الأول يصلح عليه ويقبل السقوط والانتقال، بخلاف الحكم.

وربما يقال: لو فرضنا أنّ الخيار والجواز واحد، فلم لا يكونان سببين لمسببٍ واحدٍ هو جواز التراد، وقد أجاز الشيخ في الخيارات أن يكون للخيار الواحد سببان؟

قوله:

إنّ المتيقّن من مورد المعاطاه هو: حصول التعاطى فعلاً من الطرفين، فالملك أو الإباحه من كلّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحه الآخر أو ملكيته، فلا يتحقّق المعاوضه ولا الإباحه رأساً... إلّا أنّ الظاهر من جماعه... جعله من المعاطاه... وربما يدعى انعقاد المعاطاه بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثلثن... ثم إنه لو قلنا... أمكن خلوّ المعاطاه من الإعطاء والإيصال رأساً...

أقول:

الوجه التي ذكرها الشيخ أربعة:

الأول: - وهو القدر المتيقّن كما قال - : الإعطاء فعلاً من الطرفين، سواء قلنا بإفادته الملكيه أو الإباحه.

والثاني: أن يكون الإعطاء من طرف واحد، فهو من هذا الطرف إيجاب، وأخذ الآخر هو القبول، فتحقق البيع بإعطاء الواحد، وهو وإن لم يصدق عليه عنوان المعاطاه، لكنّه في حكمها، إذ لفظ «المعاطاه» غير وارد في آيه أو روايه حتى يدور الحكم مداره، وإنما صحّحنا المعاطاه بعمومات أدلّه البيع، حيث قلنا بأنّها تعمّ الإيجاب الفعلي كالقولي.

والثالث: أن لا يكون في البين لفظ ولا إعطاء فعلي، بل الحاصل مجرد إيصال الثمن، كدخول الحّمّام ووضع الفلوس في الكوز، ونحو ذلك.

والرابع: أن لا يكون شيء من الإعطاء والإيصال أصلاً، وإنما الحاصل مجرد المفاوضة بقصد البيع... .

### بماذا يتحقق المعاطاة؟

والتحقيق:

إن للوجه الأول ثلاثة صور:

الأولى: الإعطاء من الطرفين والتمن غير متشخص في الخارج وإن كان نقداً من النقود.

والثانية: الإعطاء منهما، والتمن متشخص كذلك، فيعطى الشيء في مقابل الثمن، وهذه الصورة على قسمين، لأنه:

تارة: يكون آخذاً بقصد التملك ويعطى الثمن في مقابله.

وأخرى: يكون آخذاً لا بقصد التملك لكن يقصده عندما يدفع الثمن المتشخص المتعين.

أما الصورة الأولى حيث الإعطاء من كليهما، بأن يسأله مثلاً: بكم هذا؟ فيقول: بعشره، فيأخذه ثم يخرج العشرة من كيسه، فيكون دفع البائع المال إيجاباً وأخذه من المشتري قبولاً، وأما إعطاء العشرة فأداء لما في الذمه.

وأما الصورة الثانية، حيث الثمن متشخص في الخارج، فيعطى المال في مقابل العشرة التي بيد المشتري، فإن أخذه بقصد التملك بالعوض، فقد تحقق القبول وتم البيع، وكان إعطاء العشرة تسليماً للعوض الملتزم به وليس بقبول. وإن أخذه لا بقصد التملك بالعوض وإنما كان مجرد تناول خارجي للشيء، وأعطى العشرة بقصد التملك، كان القبول متحققاً بإعطائها.

فالإعطاء هو القبول، وعلى هذا، فلو أعطاه العشرة بقصد التمليك

لا التملك بالعوض، وقع فاسداً، لأن المتحقق في الخارج تملكان وإيجابان لا تملك وقبول.

هذا بالنسبة إلى الوجه الأول.

والوجه الثاني يتصور بثلاثة صور كذلك:

الأولى: أن يعطى المتاع والتمن نسيئه إلى أجل معين... .

فإعطاء هذا إيجاب والأخذ من ذاك قبول، وذمته مشغوله بالتمن.

الثانية: أن يعطى المشتري التمن فيوجب ويكون المثلن في ذمه البائع إلى أجل، ويكون بأخذه قابلاً، وهذا بيع سلم.

والثالثة: أن يعطى المشتري التمن عوضاً بعنوان الاثراء، ويأخذه الآخر على أن يكون بيعاً للمثلن الذى فى ذمته.

وهذا ما صورّه الشيخ، ونحن لا يمكننا تصوّره، لأن ذلك قد أعطى بعنوان الاثراء والأخذ قد أخذ العوض، وكيف يكون أخذ العوض بيعاً للمعوض، مع أنه لم يحقّق إنشاءً لا فعلاً ولا قولاً بالنسبة إلى بيعه؟

نعم، القرائن الخارجيّة تفيد ذلك، لكنّ إنشاء التملك يحتاج إلى دالّ يدلّ عليه من فعلٍ أو قولٍ، وهو غير موجود.

وأضيف هنا صورته رابعه، وذلك: إنه ربما يكون المثلن فى يد المشتري، كما لو كان قد استأجر داراً ثم جاء إلى المالك يشتريها منه، فيعطيه التمن وهو فى الدار، يقول الشيخ: يكون إعطاؤه التمن اشتراءً وأخذ المالك التمن بيع، وهذا عندنا غير تام، لأن البيع يحتاج إلى إنشاء قولاً أو فعلاً وهو مفقود.

نعم، إن التملك من عالم النفس، فإن كان حقيقه البيع عبارةً عن العزيمه النفسائيه فقط، والإنشاء قولاً أو فعلاً كاشف ومبرز لتلك العزيمه، تمّ ما ذكره

الشيخ من أنه بالأخذ من المالك يتحقق.

وأما بناءً على أنّ البيع هو أن يتحقق للعزيمة المزبوره خارجيه، والخارجيه لا تتحقق إلّا بالفعل أو القول، فلا يتم ما ذكره.

إذن، لا نوافق على كلام الشيخ، لا فى السلم ولا فى هذه الصوره.

وصوره خامسه وهى: أن يكون الثمن موجوداً من قبل عند مالك الدار، فلا- إعطاء للثمن من المشتري، غير أن المالك يعطى الدار، فهو موجب والمشتري قابل بالأخذ. وهذا لا إشكال فيه أصلاً.

الوجه الثالث، أن يكون وصول وإيصال بلا- قولٍ وفعل، وقد مثل الشيخ بما تعارف بين الناس من أخذ الماء مع غيبه السقاء والخضروات ونحوها ووضع الفلوس فى المكان المعدّ له، وكدخول الحمام ووضع الأجره فى الكوز مع غيبه الحمامى.

ولقد كان الأولى أن يقسم هذا الوجه إلى قسمين. وسيأتى.

ومن أمثله المقام: وضع الأجناس فى المكان الخاصّ بها وأسعارها مكتوبه عليها، فيأتى المشتري ويأخذ ما يريد منها ويضع الثمن فى محلّه المعين له.

قوله:

وربما يدعى انعقاد المعاطاه بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثلثن....

أقول:

ربما يدعى أن هذا بيع، لأن المناط فى البيع وصول العوضين إلى طرفى المعامله مع تراضيهما، فلا حاجه إلى قولٍ أو فعل.

لكنّ البيع إنشاء تملك عينٍ بعوض، فلا بدّ من الإنشاء، ولا يحقّقه إلّا الفعل أو القول وهذا هو البيع لغهً وعرفاً، وهو المتسالم عليه بين الأصحاب،

ص: ٢٩٢

فمجرد الوصول والإيصال ليس بيع.

نعم، يمكن أن يقال: إن وضع المتاع وسعره مكتوب عليه إذن عامٌ لمن يريد معامله، بأن يضع الثمن المعين في المكان المعد له ويأخذ المتاع ويملكه عوضاً عن الثمن الذي يضعه، فإن تم استكشاف هذا الإذن في تملك المشتري، فما ذكره الشيخ تام.

ألهم إله أن يقال: بأنه لا- يعتبر في معامله المعاطاتيه كل ما يعتبر في اللفظيه، بل إن نفس وضع المتاع هناك بيع وإعطاء لكلى المشتري، ثم يتعين هذا الكلى بمجىء الشخص وأخذه ووضع قيمه في مكانه.

فإن صح بشيء من هذه التكاليف فهو، وإلا، فالوصول والإيصال لا يحقق البيع.

وأما لو كان وصول ولا إيصال، كما لو كانت الدار عند المشتري، وكان لهذا المستأجر مال عند صاحب الدار، فتراضياً بأن تكون الدار للمشتري والثمن هو المال الموجود من قبل لدى صاحبها.

فهذه الصورة لا تسمى بيعاً أصلاً.

الوجه الرابع:

قال الشيخ:

لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك. وأما على القول بالإباحه، فالإشكال المتقدم هنا أكد.

والإنصاف: إن المقاوله بمالها من المفهوم مباينه للمعامله، والقول بأنها نحو من المعامله ممنوع. نعم، لو كان في ضمن المقاوله إنشاء تمليك وإن لم يكن بلفظ بعث وملك، كان بيعاً، بناءً على عدم لزوم لفظ خاص في البيع وأنه يكفي كلما يتمشى به البيع.

ص: ٢٩٣



وهذا تمام الكلام فى الوجه.

ولا- يخفى أنه مبنى على إفاده المعاطاه الملك، وأما بناءً على القول بإفادتها الإباحه، فإن كان المراد الإباحه المالكيه فلا بأس، لأنها مؤثره بأى نحو من الإنحاء افيدت، وإن كان المراد الإباحه الشرعيه، اشكل الأمر فى كثير من الصور.

ص: ٢٩٤

### التنبیه الثالث (فی تميز البائع من المشتري و تميز العوضين)

قوله:

تمیز البائع من المشتري فی المعاطاه الفعلیه مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً، كالدراهم والدينير والفلوس المسكوكه واضح، فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم یصرّح بالخلاف. وأمّا مع كون العوضين من غيرها، فالثمن ما قصدا قيامه مقام المثل في العوضیه... فيكون المدفوع بتيه البدليه عن الدرهم والدينار هو الثمن وصاحبه هو المشتري.

أقول:

إنه لَمّا كانت المعاطاه بالإعطائين - كما ذكر الشيخ - فلا بدّ من طريقٍ لتمييز أحدهما عن الآخر، بخلاف المعامله اللفظيه، فإنه باللفظ يتميّزان، فعقد هذا التنبیه لهذا الغرض (١).

فتارة: يكون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً، فصاحب الثمن هو

ص: ٢٩٥

المشترى فالتمييز حاصل.

قال الراغب: المشتري دافع الثمن وآخذ المثلن، والبائع دافع المثلن وآخذ الثمن (١).

لكنّ هذا بالنظر إلى الغالب، إذ الثمن غالباً متمخض في جهه المائيه، كالدراهم والدنانير، والمثلن غالباً هو المتاع الذي يطلبه الإنسان لرفع الحاجه، كالثوب يشتره لأن يلبسه والطعام لأن يأكله، بخلاف الدرهم فإنه بشخصه غير رافع لحاجه من الحاجات.

واخرى: يكون العوضان عينين، قال الشيخ: فالثلن ما قصدا قيامه مقام المثلن في العوضيه، كما لو أعطى الحنطه في مقابل اللحم قاصداً أن هذا

ص: ٢٩٦

---

١-١) المفردات في غريب القرآن: ٢٦٠.

المقدار من الحنطه يساوى درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً أنه اشترى اللحم بالحنطه.

هذا كلامه.

فإن قيل: أى تأثير لقصد أن هذا المقدار من الحنطه يساوى درهماً فى أن يكون هذا هو المثلثون دون الآخر؟

قلت: لعله يريد أن الذى يقصد ذلك يلحظ الحنطه مالاً من الأموال ويجردّها عن خصوصيتها، فيكون شأنها شأن الدرهم والدينار، فتكون هى الثمن لا محاله.

وبهذا البيان يتضح مراده من قوله: وإذا انعكس انعكس الصدق.

قوله:

ولو لم يلاحظ إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون تيه قيام أحدهما مقام الثمن فى العوضيه، أو لوظ القيمه فى كليهما... ففى كونه بيعاً وشراءً بالنسبه كلّ منهما... أو كونه بيعاً بالنسبه إلى من يعطى أولاً... أو كونها معاطاه مصلحه... أو كونها معاوضه مستقله... وجوه. لا يخلو ثانيها عن قوه... .

أقول:

قد ذكر أربعة وجوه:

أولها: كونه بيعاً وشراءً بالنسبه إلى كلّ منهما، وهذا موافق لكلام الراغب حيث قال: المشتري دافع الثمن وأخذ المثلثون والبائع دافع المثلثون وأخذ الثمن. هذا إذا كانت المبايعه والمشاراه بناضً وسلعه، فأما إذا كانت بيع سلعه بسلهه صحّ أن يتصور كلّ واحدٍ منهما مشترياً وبائعاً... (١).

ص: ٢٩٧

إلّا أن كون كلّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين غير واضح، لأنّ البائع هو الذى يملك بالعوض والمشتري هو الذى يقبل ما فعله البائع، وعليه، فعنوان البائع والمشتري متقابلان، والمتقابلان لا يجتمعان برهاناً، فكيف يعقل أن يكون كلّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين؟

يقول الشيخ:

والإشتراء ترك شىء والأخذ بغيره... .

وفيه: إنه يصدق على البائع والمشتري كليهما، بل الإشتراء قبول الشراء بمعنى البيع، فما ذكره لا يمكن المساعدة عليه.

والثانى: كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطى أولاً، يعنى: إنه يتحقّق التمييز بينهما بالأوليه والثانويه، لأنّ الذى يعطى أولاً يكون اعطاؤه دالاً على التمليك، والمشتري يقبل تمليك ذاك ثم يعطى ماله إياه وفاءً لما التزم به.

أقول: هذا الوجه متين جداً، سواء كان العوضان مما تعارف جعله ثمناً كالدرهم والدنانير، أو كان أحدهما من ذلك دون الآخر، أو كان كلاهما من غيرهما.

لكنّه ينتقض: بما لو وقع الإعطاء من كليهما فى آنٍ واحد.

الثالث: كونه معاطاه مصالحه، لأنّ المصالحه بمعنى التسالم على شىء، ولذا حملوا الروايه الوارده فى قول أحد الشريكين لصاحبه: لك ما عندك، ولى ما عندى، على الصلح.

أقول:

فيه: إنه يتوقف على أنه يكون الصلح غير محتاج إلى الإيجاب والقبول، وأنه يكفى قولهما تصالحن، فإنّ قلنا بذلك، فلا مانع، وأما على القول:

بأنّ الصلح يحتاج إلى القبول كما عليه الأصحاب، فأيهما هنا الموجب

وأيهما القابل؟

هذا أولاً.

وثانياً: إن الصِّلح له معنى خاص لا بدّ من انشائه، ولا يكفي التسالم الحاصل خارجاً فإنه نتيجة التصالح، والإعطاء لا دلالة له على التصالح والتسالم، ولا يصلح لأن يكون انشَاءً.

الرابع: كونه معاوضه مستقله خارجة عن العناوين المتعارفه.

وهذا يتوقف على شمول العمومات لمثل هذه المعامله.

وبعد أن ذكرنا الوجوه الأربعه في المسأله، نقول:

هل المراد من الامتياز هو الامتياز الواقعي أو الامتياز في مقام الإحراز؟

ظاهر كلامه - فيما لو كان أحد العوضين مما تعارف جعله ثمناً أن يكون صاحب الثمن هو المشتري - أنه يريد استكشاف الامتياز بينهما في مقام الإحراز والعلم، لكنّ كلامه - فيما لو كان العوضان من غير الدراهم والدنانير، حيث قال بأن الثمن ما قصدا قيامه مقام المثل في العوضيه - ينافي ذلك، لأنّ القصد وعدمه يتعلّق بالواقع، ولا ربط له بمقام الاستكشاف والإحراز.

وأيضاً، كيف يكون الإحراز والاستكشاف فيما لو كان العوضان من الدراهم والدنانير، أو كان الاعطاء من الطرفين معاً في آن واحد؟

وتنقيح المقام: أن تمليك المال بعوض يدخل في ملكه، هو البيع، والبائع من هو متلبس بهذا المبدء، والمشتري من يقبل فعل البائع ويكون مطاوعاً له، وهكذا يتحقّق التمييز الواقعي بينهما، لكن الداعي يختلف، فالبائع غالباً يريد تحصيل الربح، والمشتري غالباً يريد رفع الحاجه بما يأخذ، فالامتياز الواقعي موجود، والامتياز في الدواعي موجود غالباً، ومقابل الغالب ما ربما يكون للطرفين غرض رفع الحاجه، إلّا أنّ توافق الداعي

ص: ٢٩٩

لا يقتضى ارتفاع التمييز الواقعي بينهما.

لكن ما هو الطريق إلى استكشاف هذا التمييز الواقعي؟

الوجهان الأوّل والثاني، يمكن المساعده عليهما، فإنّ ظاهر الحال أن يكون معطى الثمن هو المشتري، حيث يعطيه ليأخذ المتاع ويرفع به حاجته، وصاحب المتاع يريد بيعه وتحصيل الربح بذلك.

فإن قلت: ظهور الحال لا يوجب إلّا الظنّ، والظن في الموضوعات لا أثر له، بل لا بدّ فيها من أماره شرعيه من البيّنه أو اليد.

قلت: لا يبعد أن يكون الدالّ على حجّيه ظواهر الألفاظ - وهو التّبره العقلايه - دالّاً على حجّيه ظواهر الأحوال والأفعال، وكذا الذى يقصد قيام ما بيده مقام المثلث في العوضيه، إن كان ظاهر حاله هو الإعطاء لأخذ المتاع لرفع الحاجه.

وأما حيث يكون كلّ منهما عنده متاع، أو عنده الدرهم والدينار، ولا ندرى أيهما المعطى ليأخذ ويرفع به الحاجه، وأيها المعطى بقصد الاسترباح، فلا يعقل أن يكون كلّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين، لأن معنى البيع هو التملك بالعوض ودخول العوض في ملكه، فيقبل المشتري ذلك، فلو كان هذا البائع مشترياً أيضاً كان معناه اشتراء ما تملكه، وهذا غير معقول.

مضافاً إلى أنّ الاشتراء قبول الشراء كما تقدّم، وأن عنوان البائع والمشتري متقابلان لا يجتمعان.

أمّا أن يكون المعطى الأوّل هو البائع والآخذ هو المشتري، فقد قواه الشيخ، وأيده بعض مشايخنا رضوان الله تعالى عليهم (١).

لكن الإنصاف أن لا- دليل عليه، لأن المفروض هو الجهل بقصدهما التمليك بالعوض، أو أن أيهما الذى قصد ذلك وأيها القابل... نعم، غايه ما فى الباب هو أن ظاهر الإعطاء الأول هو التمليك الابتدائى، والإعطاء الثانى ليس فيه هذا الظهور، لكن ليس فيه ظهور أن يكون قبولاً- كذلك، ومجرد عدم الظهور فى التمليك الابتدائى لا يكفى لأن يكون ظاهراً فى القبول والمطاعه، ولو فرضنا حصول الظن بذلك، فإن هذا الظن ليس بحجّه.

هذا، مضافاً إلى انتقاضه بما لو أعطيا معاً.

ص: ٣٠١



فإن علمنا بأن أحدهما المعين قصد التمليك بعوضٍ، فواضح أن يكون هذا هو البائع وطره هو المشتري، سواء كان هذا القاصد دافعاً أوّلاً أو ثانياً، دفع ديناراً مثلاً أو متاعاً.

وإن علمنا بأن أحدهما غير المعين قاصد لذلك، فهنا علم إجمالي بأن أحدهما بائع والآخر مشتر ولا أكثر.

وإن علمنا أنّ أحداً منهما لم يقصد ذلك، احتمال أن تكون معاوضه مستقلة (١).

لكن يتوقف صحّتها على شمول عمومات المعاملات لمثل ذلك، فإن قلنا باختصاصها بالمعاملات المتداولة - كما ذهب إليه جمع - كان الواقع باطلاً، وإن قلنا بعدم الاختصاص بذلك، فلا مانع.

ص: ٣٠٢

## التّنبیه الرابع (یتصور المعاطاه بحسب قصد المتعاطين على اربعة وجوه و الكلام عليها بالتفضيل)

قال الشيخ قدّس سرّه:

إن أصل المعاطاه - وهو إعطاء كلّ منهما الآخر ماله - يتصوّر بحسب قصد المتعاطيين على وجوه... .

أقول:

ذكر الشيخ وجوهاً أربعه، إلّا أن الوجوه بحسب التصوّر أكثر من ذلك:

لأن المعطى، إمّا قاصد للتمليك وإمّا قاصد للإباحه، وعلى كلّ منهما:

العوض، إمّا عوض عن المال الذى يملكه أو يبيحه الطرف، وإمّا عوض عن نفس التمليك أو الإباحه، والأوّل - العوض عن المال - إمّا هو مال، بأن يملك مالاً عن مال، وإمّا هو فعل من الأفعال.

والعمده من هذه الوجوه: أن يملك مالاً بعوضٍ، أعمّ من أن يكون العوض مالاً، أو يكون فعلاً كهبه مالٍ، أو يكون إباحه له فى تصرفٍ له فى مالٍ من أمواله.

ونحن نتعرّض لما تعرّض له الشيخ.

ففى الوجه الأوّل، قال الشيخ:

أن يقصد كلّ منهما تمليك ماله بمال الآخر، فىكون الآخر فى أخذه قابلاً ومتملكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون فى دفعه العوض إنشاء تمليك بل دفع لما التزمه على نفسه بأزاء ما تملكه... .

أقول:

يعنى: أن تمليكه بعوضٍ إيجاب، وأخذ الطرف قبول وبه يتمّ البيع،

وإعطاء الثمن بعد ذلك وفاءً لما التزم به على نفسه، فمقوّم البيع المعاطاتي هو الإعطاء والأخذ، ولا دخل لإعطاء المشتري في حقيقه البيع، وعلى هذا، فلو لم يدفع المشتري الثمن لم يضرّ بمالكه البائع، ولو مات الأخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاه....

فلو كان الإعطاء الثاني قبولاً، لم تكن المعامله متحقّقه بامتناع المشتري من ذلك أو موته أو إفلاسه.

وهنا إشكال: إذ التعبير عن الإعطاء والأخذ بالمعاطاه مسامحه عند الشيخ نفسه، إذ تسميه هذه المعامله بالمعاطاه إنما هو اصطلاح في عرف الفقهاء - مع عدم صدق ذلك عليها لغيره - يريدون به المعامله الفعليه في قبال القوليه، وكأنّ نظره الشّريف إلى ما قرّره النحاه والصرفيون في هيئه المفاعله من أنّه: يقتسمان فاعلاً ومفعولاً لفظاً ويشتركان معنئ، هذا هو المشهور بينهم، حتى أنّي أتذكر أنّ الشيخ نجم الأئمه (1) أيضاً موافق على هذا، وهم يقصدون من ذلك: أنّ هيئه فعلٍ إنما تدلّ على قيام المبدء بفاعله، وهيئه فاعلٍ تدلّ على قيام المبدء باثنين، فنقول: ضارب زيد عمراً، فزيد فاعلٍ وعمر مفعول، لكن هذه الفاعليه والمفعوليه صوريّه، أمّا في المعنى فهما شريكان، أي كلّ منهما فاعلٍ ومفعول، في قبال التفاعل حيث نقول: تضارب زيد وعمر، تضارب زيد مع عمرو، تضاربا، إذ لا يقال: ضارب زيد وعمرو، ضارب زيد مع عمرو، ضاربا.

ص: ٣٠٤

---

١- ١) هو الشيخ رضيّ الدين محمّد بن الحسن الاسترآبادي الإمامي، المتوفّي سنة ٦٨٦هـ، الملقّب ب«نجم الأئمه» كما في كتاب (بغية الوداع في طبقات اللّغويين والنحاه) للحافظ جلال الدين السيوطي، له شرح الكافي في النحو، وشرح الشّافيه في الصّرف، انظر كلامه في شرح الشّافيه ١ / ٩٦ - ١٠٤، الطبعه المحقّقه الحديثه.

فما ذكره الشيخ قدس سره مبنى على هذا المشهور بين الصّرفيين.

لكن الإنصاف: أن الأمر ليس كذلك، ففي الكتاب والسنة واستعمالات الفصحاء موارد كثيرة قد استعملت فيها هيئه فاعل في المبدء القائم بواحدٍ فقط، مثل: طالع زيد الكتاب، خاطب زيد القوم، ساعد زيد «كَيْفَ يُوَارِي سَوْأَةَ أَخِيهِ» (١) «وَأَعَدْنَا مُوسَى ثَلَاثِينَ لَيْلَةً» (٢) فما ذهب إليه الصرفيون هنا اشتباه.

نعم، التفاعل يصدر من اثنين، أما المفاعله: فقيام المبدء بواحدٍ متوجّهاً إلى الغير، فالنسبه قوامها بالاثنين لا أن الفعل يصدر من كليهما.

وتلخص: إن المعاطاه هنا صادقه حقيقه لا اصطلاحاً أو مسامحه.

فالإشكال مندفع.

وأورد الميرزا الاستاذ قدس سره بما هذا شرحه: إن البائع والمشتري كلّ منهما مالك لما بيده، فلما يبيع البائع يبدل طرف الإضافه في ملكيته، فتملكه محفوظ، وإضافه الملكيه إلى نفسه محفوظه، لكن المتبدل بالبيع هو طرف الإضافه.

مثلاً: إضافه الملكيه كانت متعلقه بالدار، فالإضافه محفوظه وهو المالك، لكن طرف الإضافه، أى الدار، تبدل إلى شىء آخر، بخلاف الإرث، فإن المتبدل هناك هو المضاف، والملكيه والمملوك، محفوظان، وبخلاف الهبه، فإن المتبدل نفس الإضافه، فبالهبه تنقطع الإضافه منه وتتصل بغيره.

ثم إنّه إن كان البيع لفظياً، كان معناه تملك المتاع بعوض الثمن، فقد بدّل المتاع بالثمن ووضع الثمن في مكان المتاع، فمعنى بعث هذا بذاك: ملكتك هذا بأن يكون ذاك قائماً مقام هذا في ملكيتي، فالبائع يورد ملك المشتري في

ص: ٣٠٥

١-١) سورة المائده: ٣١.

٢-٢) سورة الأعراف: ١٤٢.

ملكته عوضاً عما أخرجه... والمشتري إذا قبل، فقد قبل هذا الذي فعله البائع.

وأما العمل الخارجى، فهو ليس إلا الإعطاء، ولا يدلُّ إلا على التسليط الخارجى، ولا يدلُّ على غير التمليك، أما دلالة على أنه تمليك فى مقابل عوضٍ يقوم مقام هذا المال المعطى، فلا، فكون العوض قائماً مقام الملك لا دليل عليه لفظى، والفعل لا لسان له.

ثمَّ الآخذ، إن كان أخذه بقصد جعل العوض قائماً مقام المعوض، فلا دليل عليه، وإن كان أخذه بقصد ضمان المثل أو قيمه، فهذا قرض، وإن كان أخذ لا بقصد الضمان فهو قبول للهبة، والمفروض أن البائع لا يقصد القرض والهبة.

إذن، الآخذ ليس قبولاً... فيكون الآخذ مقدّمه لإعطاء الثمن، وإعطاء الثمن هو القبول.

إذن، لا بدّ من التعاطى من الطرفين، ولا- يكفى الإعطاء والآخذ، ولذا، فلو مات - مثلاً - قبل إعطاء الثمن بطلت المعاملة، خلافاً للشيخ القائل بتحققها.

لكنَّ الإنصاف: أن الحق مع الشيخ، فالإعطاء إيجاب والآخذ قبول، والمعاطاه صادقه.

أما أن الفعل الخارجى ليس له لسان، فهذا متين، والمحقق خارجاً هو التسليط من البائع، حيث يدخل متاعه فى ملك المشتري.

تقولون: أخذه للمتاع ليس بقبول، بل القبول يحصل بأن يعطى المشتري الثمن ويدخله فى ملك البائع.

نقول: إذا كان إعطاء البائع إيجاباً منه، وأخذ المشتري ليس بقبول، فإن أعطى المشتري، فقد ملك البائع الثمن وهو يملكه بالآخذ، والمفروض أن

أخذ البائع الثمن ليس بقبول، فهنا قد تحقق إيجاب من البائع بلا قبول من المشتري، وإيجاب من المشتري بلا قبول من البائع، فهنا إيجابان، وما الدليل على أن يكون إعطاء المشتري قبولاً ولا يكون إيجاباً، مع أن الفعل لا لسان له كما ذكرت؟

فإن قيل: هنا قرينه على أن إعطاء المشتري قبول، وأن الذي يعطيه عوض عمّا أخذه.

قلنا: نفس القرينه موجوده على أن إعطاء البائع للمتاع كان بعنوان المعوضيه عمّا سيعطيه المشتري.

وبالجملة، إذا كان البائع يعطى المتاع بقصد المعوضيه عن مال المشتري، والمشتري يأخذ المتاع على ما قصده البائع، فأخذه قبول، وإن لم يعط البائع بقصد المعوضيه، أو كان الأخذ من المشتري لا على ما قصده البائع، فالبيع غير حاصل.

فالحق مع الشيخ قدس سره.

وفى الوجه الثانى، قال الشيخ قدس سره:

أن يقصد كلُّ منهما تملك الآخر ماله بأزاء تملك ماله إيّاه، فيكون تملكاً بأزاء تملك، فالمقاوله بين التملكين لا الملكين...

فقال المحقق الخراسانى قدس سره: كأن مراد الشيخ أن يملك المال فى مقابل فعل الطرف الآخر الذى هو عبارته عن التملك، كما ذكرنا فى عمل الحرّ.

لكنّ هذا الاحتمال غير آتٍ فى كلام الشيخ، إذ كلامه نصّ صريح فى أنه تملكان، أحدهما بأزاء الآخر.

إنه فى هذا الوجه لا يكون أخذ الطرف الآخر قبولاً - بخلاف الوجه

الأول - لأنّ تملك هذا الجانب منوط بتمليك الجانب الآخر، فما لم يملك ذاك لم يتحقق التملك من هذا.

قال الشيخ: هذا بعيد عن معنى البيع... .

لأنّ البيع هو ما يكون فيه المقابل بين الملكين، وليس بهيه معوضه، إذ فيها يحصل الملكيه للطرف الآخذ بمجرد الأخذ، وإنما يصدر منه التملك عوضاً عن تملك الأول، فليس كهبه معوضه بين التملكين.

يبقى أنه إما مصالحه وإما معوضه مستقله.

هذا ملخص كلامه قدس سره.

وأقول:

تاره: يعطى الشيء بقصد التملك في مقابل تملك الآخر الثمن، وتكون المعوضه بين المتاع والفعل، كما يملك المال بأزاء خياطه الآخر للثوب. وأخرى: يملك مالاً - بعوض تملك الغير، بمعنى أن يكون المال من الغير عوضاً عن تملك هذا، فلما يملك يجعل فعله - وهو التملك - معوضاً للمال الذي يعطيه الطرف الآخر.

وهاتان الصورتان خارجتان عن كلام الشيخ، وستكلم عليهما فيما بعد.

وثالثه: يجعل تملك الغير معوضاً عن تملك نفسه، فالعوض والمعوض كلاهما هو التملك.

وهذه هي الصوره التي يقصدها، والبحث فيها في مراحل:

الأولى: هل يعقل جعل التملك نفسه معوضاً؟

كأنّ الشيخ فارغ عن إمكان هذا.

والثانيه: إنه على تقدير المعقوليه، هل بأخذ الطرف المقابل يتحقق

القبول أو لا بدّ من التمليك الآخر؟

يقول السيد بالتّحقق خلافاً للشيخ، والحق مع الشيخ، وما ذكره السيد سهو من قلمه.

والثالثه: إنه على تقدير الصحه، هل هو بيع أو هبه معوّضه أو صلح أو معامله مستقله؟

وتفصيل ذلك:

أما في المرحله الأولى:

فهل المراد من «التمليك» هو المصدر، فالمعنى المصدرى هو المَجْعول معوّضاً عن المعنى المصدرى، أو المعنى الاسم مصدرى أعنى الملكيتين؟

ظاهر الشيخ الأول.

وقال شيخنا الاستاذ: إنه غير معقول، قال: إن التمليك بالإعطاء حال تعلّقه بمتعلّقه ملحوظ آلى، وفي جعل نفسه معوّضاً يحتاج إلى لحاظٍ استقلالى، ولا يعقل اجتماع اللّحاظين المتباينين فى ملحوظٍ واحد.

توضيح كلامه قدّس سرّه:

المعامله تسبب إلى تحقّق المضمون، أى معوضيه شيء لشيء، فلا- محاله كون الشيء معوّضاً مقصود بالأصالة والاستقلال، والسبب - وهو الإنشاء - دائماً يصدر بالاختيار وهو مراد، لكنّه فى مرحله التأثير يكون ملحوضاً آله للمسبّب، فهو ملحوظ آله إلى تحقّق شيء آخر، فإذا كان نفس التمليك معوّضاً، يلزم كونه مقصوداً بالاستقلال وكونه ملحوظاً آله لكونه سبباً واجتماع اللّحاظين فى آنٍ واحدٍ فى شيء واحدٍ محال.

وهذا نظير ما ذكر فى الاصول، من عدم معقوليه استعمال اللفظ فى

ص: ٣٠٩



نفسه، فدائماً المستعمل فيه ملحوظ بالاستقلال، واللفظ ملحوظ آلياً، فاستعمال اللفظ في نفسه يستلزم اجتماع اللّحاظين.

فإن اريد من التمليك المعنى الاسم المصدري، يرد عليه - مضافاً إلى ما ذكره الشيخ الاستاذ - إنه يلزم أن يكون الإنسان مالكاً لملكه نفسه، الملكيه نحو من السلطنه، ولا معنى لأن يكون متسلطاً على سلطته (١).

ص: ٣١٠

وأما في المرحلة الثانية:

فالحق مع الشيخ خلافاً للسيد، لأنه بمجرد الأخذ لا يتحقق القبول، لأنه قد أخذ المتاع، والمفروض أنه ليس المعوض، بل المعوض نفس التمليك.

فأخذ المال لا صله له بأخذ المعوض، والقبول إنما يكون قبولاً لو أخذ المعوض.

ثم هل التمليك الثاني قبول التمليك من الأول؟

إنّ الثاني بتمليكه ينشئ، فما يصدر منه إيجاب، فلو كان قبولاً - مع ذلك - لزم اجتماع الإيجاب والقبول، وهما صفتان متقابلان لا يجتمعان في واحد.

فما ذكره الشيخ لا يوافق عليه.

وهنا يصل البحث إلى:

المرحلة الثالثة:

وقد ظهر أن هذا ليس ببيع، لأن التبدل أو المبادله بين فعلين لا المالكين.

على أنه لم يتمكن من تصوّر الإيجاب والقبول، بل الحاصل إيجابان لتمليكين أو ملكيتين.

وليس بهبه معوضه، لما ذكره الشيخ، وهو متين جداً، لأنّ الهبه المعوضه هي أن يملك المال وبمجرد ذلك تحصل الملكيه للمتهد، لكن بشرط ضمّني، وهو أن يهب ذاك شيئاً من طرفه، فلو لم يفعل كان له الخيار...

وليس ما نحن فيه كذلك، فإنه لا تحصل الملكيه للطرف بإنشاء هذا للتمليك.

نعم، يقرب من الهبه المعوضه، من جهة أنّ هنا تمليكين وملكيتين، والمعاوضه بينهما تنتهي إلى المعاوضه بين المالكين.

ص: ٣١١

وليس بصلح، لأن الصلح عقد إنشائي، فلا بدّ من وقوع التصالح والتسالم في حيز الإنشاء، ولا يكفي مجرد وقوعه مصداقاً للصلح، وإلّا فإنّ الصلح موجود في جميع المعاوزات.

يبقى أن يكون معاوضه مستقله.

فإن شملت العمومات، ولم تكن خاصه بالمعاملات المتعارفه، فهو، وإلّا فهي معامله باطله.

قال الشيخ:

إلّا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأول على نحو الداعي لا العوض، فلا يقدر تخلفه.

أى: التملك الأول هبه، والطرف يملك بالأخذ، ولا يقدر تخلفه عن الهبه وعدم حصول الداعي للأول إلى التملك.

وربما يتوهم: أن تملك هذا بهذا الداعي إنما كان بالنسبه إلى شخص مقيد بصفه أنه سيملك ماله، فلو لم يفعل لم يتحقق الموضوع، فتبطل المبادله.

لكن قد ذكرنا في الاصول مراراً: أن العناوين والأوصاف في القضايا الشخصيه ليس تخلفها موجباً للبطلان، نعم، في القضايا الحقيقيه، الأمر كذلك، لأن القضيه الحقيقيه: مجئ الحكم على الكلّي الطبيعي بإضافه صرف الوجود إليه، فما عن أهل المنطق من أنّ القضيه الحقيقيه عبارته عن القضيه التي تتوجه إلى الأفراد المحققه الوجود والمقدّره الوجود، غير صحيح. بل الواقع ما ذكرناه، والموضوع هو صرف الوجود للكلّي الطبيعي، وصرف الوجود يشمل الأفراد الموجوده فعلاً والأفراد التي ستوجد، فالأفراد الموجوده والمقدّره ليس الموضوع للحكم، بل هي لازم الموضوع.

ص: ٣١٢

ففى القضايا الكليه، العنوان يوجب رفع الحكم، لكن فى القضيه الخارجيه يأتى الحكم على الموضوع وهو نفس الذات، والعنوان يكون داعياً فقط، وارتفاعه غير مضرّ، ولذا يوجب الخيار لا البطلان.

وحاصل هذا الوجه: أن يملك بداعى أن يكون تملكه سبباً لتمليك الغير، فلو لم يملك الغير لم يضر.

وفى الوجه الثالث قال الشيخ:

أن يقصد الأول إباحه ماله بعوض فيقبل الآخر بأخذه إياه، فيكون الصادر من الأول الإباحه بالعوض ومن الثانى - بقبوله لها - التملك، كما لو صرح...

أقول:

جميع ما نتعرض له فى هذه البحوث تعمّ ما لو كان بالمعاطاه أو باللفظ.

وفى الوجه الرابع، قال الشيخ:

أن يقصد كلّ منهما الإباحه بأزاء إباحه الآخر، فيكون إباحه بأزاء إباحه، أو إباحه بداعى إباحه...

وذكر الشيخ فى الوجهين الأخيرين إشكالين، الأول منهما مشترك بين الوجهين، والثانى مختصّ بالوجه الثالث. قال:

أولاً: الإشكال فى صحّه إباحه جميع التصرفات حتّى المتوقفه على ملكيه المتصرف... فالظاهر إنها لا تجوز.

أمّا الإشكال الأول: فإن إباحه التصرفات إباحه مطلقه تشمل المتوقفه على الملك كالبيع والعتق والوطى... لا يعقل، لأنّ البيع وغيره ممّا ذكر... لا بدّ من أن يكون فى الملك... وكأنّ يعطى هذا المال تفريراً لذمته من الزكاه، ويجعله هدياً فى الحج من قبل نفسه...

إنّ هذه الإباحه غير جائزه، حتى لو صرح قائلاً: أبحث لك كلّ تصرف...

ص: ٣١٣

نعم، ينفذ فيما عدا التصرفات المتوقفة على الملك... وذلك، لأن الإذن والإباحة من المالك لا يكون مشرعاً ومجوزاً لما هو غير جائز شرعاً.

قال:

فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه - بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره - غير معقول كما صرح به العلامة في القواعد فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟

أقول:

وربما يمكن إقامه البرهان على ما ذكره الشيخ، من أن البيع معاوضه بين المالين، والمعوضيه والعوضيه متضائفان، والمتضائفان متكافئان، إذن، لا بد من أن يكونا في جهه واحده.

أو يقال: إن مبادله مالٍ بمالٍ لا بد وأن تكون في وعاء الإباحه، والإباحه لا تفيد الملكيه، فكيف تكون الملكيه بالنسبه إلى المثلث للمبيح المالك، وتكون الملكيه بالنسبه إلى الثمن للمباح له؟

وأيضاً: مقتضى: لا بيع إلا في ملك، هو أن من ليس بمالكٍ للشئ فلا بيع له.

إذن، مجرد إباحه التصرفات لا يشمل البيع وتملك الثمن، وكذلك في الثمن، فالأخبار كثيره يجمعها إنه: لا عتق إلا في ملك، والمباح له ليس بمالكٍ، وتصرفه بعتق الرق لا معنى له، وكذلك في الزكاه، فإنه يعتبر أن يعطى الإنسان ما يملكه زكاه عن نفسه.

أقول:

كل هذا يصح فيما لو كان معنى المبادله ما ذكر.

أما لو قلنا: بأن معنى: البيع مبادله مالٍ بمالٍ: هو أن البيع لا يتحقق إلا

ص: ٣١٤

بالمعاوضه، فلا- يتحقق مجاناً. أمّا اعتبار دخول الثمن في كيس من خرج المثل من كيسه فمن أين؟ إنه لا- دليل على دخول الثمن في ملك من خرج المثل من ملكه.

وأيضاً: عنوان التضائف بين المعوّض والعوض موجود، وهو يتحقق حتى لو لم تكن العوضيه والمعاوضيه في جهه الملكيه، ولا دليل على أن يكون ذلك في جهه الملكيه خاصه. وبعبارة اخرى: العنوان يصدق حتى لو لم يدخل العوض في كيس من خرج المعوّض من كيسه، كأن يعطى الإنسان شيئاً من النقود لشخص من غير أن يملكه إياه فيقول له: اشتر به خبزاً لنفسك وكله، فهذا صحيح لا مانع منه.

وفي المضاربه، يعطى المالك النقود للعامل ليشتري بها كذا، وتكون له حصه من الربح، فلا يقول له: هذه النقود ملك لي واشتر بها كذا وبعه والربح لي، ولك كذا عوضاً عن عملك، وإنما يقول له من أول الأمر: بع مالي والحصه من الربح تنعقد من الأول في ملكك.

فهذا كله صحيح عندنا، خلافاً للشيخ تبعاً للقواعد.

نعم، هو بناءً على مبنى شيخنا الميرزا - في حقيقه البيع - غير معقول، ولكن قد تقدّم في محله ما في هذا المبنى.

وعلى كل حال، فالكلام فعلاً في مقام الثبوت، والمقصود أنه لا مانع من تحقق البيع من غير دخول العوض في كيس من خرج المعوّض من كيسه، وأمّا في مقام الإثبات، فيكفي عمومات «أحلّ الله البيع» و«أوفوا بالعقود» و«المؤمنون عند شروطهم».

وقد تقدّم الإشكال الأول المشترك بين الوجهين الثالث والرابع.

قوله:

نعم، يصحُّ ذلك بأحد وجهين، كلاهما في المقام مفقود:

أحدهما: أن يقصد المبيح بقوله: أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك، أن يُنشأ توكيلاً في بيع ماله... كما صرّح في التذكرة...  
فيكون هذا بيعاً ضمّياً... .

أقول:

إنّ إباحة التصرفات حتى المتوقّفه على الملك، موقوفه على تحقّق موضوع الملك، وتحقق الملكيه إمّا هو: بنحو الضمّيه أو التقييد أو الملازمه، فالموضوع لابدّ من تحقّقه بأحد الأنحاء بعد أن لم يكن بالصّراحه.

أمّا النحو الأوّل، فهو حيث تكون دلالة الإقتضاء - أي: ما يتوقّف عليه صحّحه كلام المتكلّم - متحقّقه، مثلاً: يقول علماء النحو بأنّ الفعل المسند إن لم يكن قابلاً للتعلّق بالمسند إليه، فلا بدّ من أن يكون هناك مسند إليه مقدّر في الكلام، كما في قوله تعالى «وَسئَلِ الْقَرْيَةَ» (١) فإنّ التقدير: أهل القرية، إذ يتوقّف صحّحه الكلام على تقدير هذا المضاف وإلّا لم يصح. وفي الأمثله الشرعيه تقول: أعتق عبدك عنّي، فإنّ العتق يتوقّف على الملك، ولا- يمكن عتق العبد حالكونه مضافاً إلى كاف الخطاب، فلا بدّ من التقدير، وكذا في:

إذبح غنمي هدياً لنفسك، مع اشتراط كون الهدى في الملك، فإنّ معنى ذلك:

ملكه لي ثم أعتقه عنّي، وملكه لنفسك ثم اذبحه. إذن، فالملكيه الضمّيه متحقّقه بدلاله الإقتضاء في المثالين، بلحاظ الكبريات الكليّيه الدالّه على أنّ هذه التصرفات يجب أن تكون في الملك، فهي تكشف عن أن المراد من مثل العبارة المذكوره هو التملك ثم العتق، أو التملك ثم البيع، كما لو قال: بع

ص: ٣١٤

مالى لنفسك.

وفىما نحن فىه، لا- رىب فى أنه لما ىقول: أبحث لك كل تصرف، لا ىقصد التملك والتملك، وإنما ىرىد بهذه العبارة إباحه التصرفات حتى المتوقفه على الملك.

فالملكىه الضمته غير حاصله (١).

ص: ٣١٧





قوله:

الثانى: أن يدلّ دليلٌ على حصول الملكيه للمباح له بمجرد الإباحه، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادته البيع آنأماً...  
فيكون ذلك شبه دخول العمودين فى ملك الشخص... وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه... .

أقول:

أمّا النحو الثانى، مثل: الرجل لا يملك عموديه وإنما يعتقان عليه، ومن ناحيه اخرى: يدلّ الدليل على أنّ المبيع يدخل فى ملكه فى مقابل الثمن الذى يدفعه، ومقتضى الجمع بين الدليلين حصول الملكيه التقديرية، فالشارع اعتبر هناك ملكيةً آنأماً، ثم يحصل العتق فى الملك.

وهنا لا يوجد هكذا دلالة، لأنه لا يوجد دليل خاصّ يتعبّد الشارع به كما جاء فى: أنّ الإنسان لا يملك عموديه، فهو لما يقول: قد أبحث لك كلّ تصرّف، الظاهر فى العموم ليشمل المتوقّفه على الملك، لا يوجد دليل على أنّ تلك التصرفات تجوز بنفس هذه الإباحه.

فإن قلت: إنّ عموم قوله: «الناس مسلّطون على أموالهم» معناه: أنّ لهم أن يفعلوا فيها ما يشاؤون، ومن ذلك الإباحه للغير فى أن يتصرّف فى ماله

ص: ٣١٩

التصرّف الموقوف على الملك، فالعموم يشمل هذا، ومن ناحيه اخرى:

ظاهر «لا بيع إلفى ملك» هو أنّ التصرّف البيعى غير جائز، لتوقفه على الملك، والمفروض انتفاؤه، ومقتضى الجمع بين الدليلين تقدير الملكيه آنأما. فإذن، لا حاجه إلى دليل خاص، لأنّ مقتضى الجمع بين العمومين المذكورين هو مفاد الدليل الخاص.

قلت: النسبه بين الدليلين هو العموم من وجه، لأنّ حديث السّيلطنه يشمل التصرفات المتوقفه على الملك، و«لا بيع إلفى ملك» يشمل المباح والمملوك، لكنّ دليل السّيلطنه قد جاء ليجعلها على الأموال المضافه إضافه ملكيه، مضافاً إلى أنه إنما يجوز السّيلطنه المشروعه دون غيرها وإلّا لزم التناقض، فلا محاله، يكون دليل «لا بيع إلفى ملك» حاكماً فى مادّه الاجتماع، والحاكم مقدّم على المحكوم، إذن، فدليل السّيلطنه غير شاملٍ لا بالتخصيص بل بالمحكوميّه، فيكون باقياً على عمومه فى قدره، أى فى التصرفات المشروعه.

والحاصل، إنه ببرهان لزوم التناقض، يكون مفاد قاعده السّيلطنه محدوداً من أوّل الأمر بالتسلّط المشرووع على الأموال، ودليل: «لا بيع إلفى ملك» يقول: لا تسلّط للمالك على ماله فى الإذن لغيره بالتصرّف فيه التصرّف الموقوف على الملك، فإنه غير مشرووع.

إذن، لا معنى للملكيه التقديرية.

وأما النحو الثالث، بأنّ تستكشف الملكيه إنّأ، كما لو باع ذو الخيار فى زمن الخيار المال المنتقل عنه، أو باع الواهب المال الموهوب إلى غير ذى رحم، فإنّه من صحّه البيع يستكشف إنّأ تحقّق الملكيه بالرجوع عن الهبه قبل البيع من الواهب، وذو الخيار له الملكيه بأخذه بالخيار، ففى آنٍ واحدٍ يملك

ويبيع ولا- إشكال فيه، لأنَّ العله والمعلول يكونان في آن واحد، لكنَّ هذا موقوف على أن يقصد الواهب الرجوع، لأنَّ الرجوع يحتاج إلى القصد، وكذا الفسخ من ذى الخيار، وإنما يكون بالرجوع والفسخ صحيحاً، لأنَّ إنشاء أحد الضدَّين رافع للضدَّ الآخر، فهو لما ينشئ الملكيه للأجنبي - وهى مضاده لملكيه المتهب - يكون راجعاً فى هبته، وكذا فى فسخ ذى الخيار، ولا حاجه فى إنشاء الفسخ والرجوع إلى أزيد من ذلك.

هذا شرح كلام الشيخ قدس سره.

ونحن قد تكلمنا على أصل الإشكال، وهو عندنا منحلُّ على مختارنا فى حقيقه البيع، ومعنى: «لا بيع إلأى ملك».

وهذا تمام الكلام على الإشكال الأول.

قوله:

وثانياً: الإشكال فى صحه الإباحه بالعوض، الراجعه إلى عقد مركب من إباحه وتمليك.

أقول:

الإشكال الثانى:

هو الإشكال فى صحه الإباحه بالعوض، الراجعه إلى عقد مركب من إباحه وتمليك. وهنا بحوث فى جهاتٍ أربع:

١ - هل هذا بيع أو إجاره أو عاريه أو صلح، أو هى معامله مستقله؟

٢ - الإباحه المعوضه صحيحه أو فاسده؟

٣ - وعلى تقدير الصحه، هل هى لازمه أو جائزه؟

٤ - وعلى تقدير اللزوم، هل هو لزوم تكليفى أو وضعى؟

ص: ٣٢١

هذه المعاملة ليست بيع، لأن البيع: تملك مالٍ بعوض، لا مبادله مالٍ بمالٍ بنحو الإطلاق وهي ليست بالإجارة، بناءً على المشهور في تعريفها، من أنها تملك المنفعة بعوض، لأن هذه إباحة وإذن في التصرف والانتفاع لا تملك للمنفعة.

وهي ليست بعاريه، إذ العاريه تملك الانتفاع، وهنا لا يوجد إلا الإذن والترخيص، فهو لا يوجد للطرف استحقاق الانتفاع ولا تملكه.

قوله:

... إلا أن يكون نوعاً من الصِّلح، لمناسبه له لغه، لأنه في معنى التسالم على أمرٍ بناءً على أنه لا يشترط فيه لفظ الصِّلح كما يستفاد من بعض الأخبار....

أقول:

والمختار عند الشيخ أن هذه المعاملة صلح، بالنظر إلى صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام:

«في رجلين، كان لكل واحدٍ منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحدٍ منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحدٍ منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي. فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما» (١).

قال بعض الأكابر: الصِّلح عقد من العقود، وكل عقد فهو يحتاج إلى الإنشاء، فلا بد من انشاء مفهوم التصالح والتسالم. وقوله: لك ما عندك ولي ما عندي، ليس بإنشاء للصِّلح (٢).

ص: ٣٢٢

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ٤٤٥، الباب ٥ من أبواب كتاب الصِّلح، الرقم: ١.

٢- (٢) المكاسب والبيع ١ / ٢١٨.

والظاهر أنه سهو، فإنّ هذه الجملة كناية، فهما يذكران اللّازم ويريدان الملزوم، فينشآن مفهوم التصالح والتسالم بنحو الكناية، ولا بأس بذلك، إذ لا يعتبر في العقود الصّراحة في اللفظ بل المعتبر صراحه المعنى.

أقول:

إنما الإشكال في أنه لماذا نجعل الإباحه المعوّضه صلحاً؟ فإنه يأذن بالتصرّف في مقابل عوض، ولا دلالة فيه، لا بالصّيراحه ولا بالكناية، على إنشاء مفهوم التصالح، فبين الصّحيحه وما نحن فيه فرق واضح.

فالحق: أنها معامله مستقلّه.

الجهه الثانيه:

إنه على تقدير كونها مصالحه، فمقتضى أدلّه الصّلح هو الصّحه، وأما بناءً على أنها معامله مستقلّه، فقد استدلّ الشيخ بعموم قاعده السلطنه و«المؤمنون عند شروطهم» وهو غير موافق على الاستدلال بآيه التجاره، لعدم صدق عنوان التجاره على هذا.

قوله:

ولو كانت معامله مستقلّه، كفى فيها عموم: النَّاسِ... والمؤمنون... .

أقول:

مقتضى دليل السلطنه أن المبيح له على السلطنه على ماله، فله أن يرخص الطرف في التصرف في ماله في مقابل العوض، فالعموم يشمل ما نحن فيه.

وربما يتوهم: أن الشيخ قد منع من الاستدلال بحديث السلطنه في صحّه المعاطاه وعدم شرطيه الإيجاب والقبول اللفظيين، فكيف يوافق هنا

ص: ٣٢٣

على الاستدلال به؟

والإنصاف: أنه غفله عن كلام الشيخ، فهو هناك قال: بأن دليل السِّلْطَنه يشمل كلَّ نوع من أنواع التصرّف يشك في كونه نافذاً أولاً وأمراً حيث نعلم بأنه نوع قد أنفذه الشّارع ثم شككنا في اعتبار اللفظ وعدم اعتباره، فإنه لا وجه للتمسك بالدليل لنفى الشرطيّه.

وفيما نحن فيه: المشكوك فيه هو نفوذ هذا التصرّف وعدم نفوذه، فلا مانع من التمسك به.

وربما يتوهّم: أن الشرط عبارته عن الإلزام والإلتزام في ضمن شيء، وليس الإباحه في مقابل العوض كذلك، فلا وجه للتمسك ب«المؤمنون عند شروطهم».

وفيه: إنّ المراد من الإلزام والالتزام هو الإرتباط، وإباحه هذا مرتبطه بتمليك الطرف للعوض.

أقول:

بل لا يبعد صدق «التجاره» هنا أيضاً، وإنّ استشكل الشيخ، لأن التجاره هي الاسترباح، وهو هنا حاصل (١).

وتلخص: صحّه هذه المعامله المستقلّه على المختار.

ص: ٣٢٤

بناءً على الصّحّه، هل هي لازمه أو جائزه؟ وبناءً على الأول، هل اللزوم مطلقاً أو من طرف المباح له فقط؟

قوله:

وعلى تقدير الصّحّه ففي لزومها مطلقاً... أو من طرف المباح له... أو جوازها مطلقاً؟ وجوه، أقواها أولها ثم أوسطها.

أقول:

دليل القول باللزوم مطلقاً: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «المؤمنون عند شروطهم»، فكأنه قد اعتبر ثباتهم على شروطهم والتزاماتهم، و«الشرط» يصدق مع كون طرفٍ إباحةً والآخر تملكاً، قال: هو الأقوى.

ودليل اللزوم للمباح له دون المبيح هو: إن المال المباح باقٍ على ملك المبيح، فبمقتضى دليل السّيلطنه له أن يسترجعه، وأمّا المباح له الذي ملكه، فقد خرج المال عن ملكه وليس مضافاً إليه.

وقد اختار الشيخ هذا الوجه بعد ذاك، وكأنّ نظره إلى أنّ دليل السّيلطنه عام، وفي مقابله: «المؤمنون عند شروطهم»، فيقع التعارض بينهما بنحو العموم من وجه، ففي الإباحه المعوّضه مقتضى: المؤمنون... هو اللزوم من الطرفين، لكن عموم: «الناس مسلّطون...» يقتضى عدمه من طرف المبيح، فيتعارضان في مادّه الاجتماع هذه ويتساقطان.

أقول:

أولاً: حديث «الناس مسلّطون...» إنما يجرى في موضوع يراد إيجاداه وهو قابلٌ لأنّ يرجع، أمّا لو أوجد شيئاً بسلطنته وحكم على ذلك الشيء



باللزام، فلا معنى للرجوع فيه أخذاً بقاعده، حتى يكون معارضاً للحكم المترتب على الموضوع الذى وجد بواسطتها، وإلا يلزم أن يكون الشيء سبباً لعدم نفسه، أو يلزم من وجوده عدمه.

لقد أثبتنا بقاعده السِّلْطَنه أن له أن يوجد الإباحه المعوّضه، وهى محكومها باللزوم بمقتضى «المؤمنون عند شروطهم». وحيثُ، لا يمكن أن يكون حديث السِّلْطَنه معارضاً له.

وثانياً: سلّمنا أنهما يتعارضان ويتساقطان، لكنّ المرجع حينئذٍ هو عموم أدلّه الوفاء بالعقود، كآيّه المباركه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) فإنّها بعمومها الاستغراقى شامله للإباحه المعوّضه، وهى تدلّ على الصّحه واللزوم من الطرفين معاً.

فالصّحيح هو: اللزوم من الطرفين، بمقتضى الآيه والحديث:

المؤمنون...

ثم إنّ الشيخ بعد أن استدلّ بما تقدّم لما ذهب إليه من الصّلىح، قال:

ونحوه ما ورد فى مصالحه الزوجين

يريد الخبر عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: «سألته عن قول الله عزّ وجلّ «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» فقال عليه السّلام: هى المرأه تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: إنى اريد أن اطلقك، فتقول له:

لا تفعل، إنى أكره أن تشمت بى، ولكن انظر فى ليلتى، فاصنع بها ما شئت، وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك، ودعنى على حالتي، فهو قوله تعالى: «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا» وهذا هو الصّلىح» (٢).

ص: ٣٢٦

١- ١) سورة المائده: ١.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢١ / ٣٤٩ - ٣٥٠، الباب ١١ من أبواب القسم والنشوز، الرقم: ١.

فقد اطلق «الصّٰلِح» على تنازل المرأه عن حقوقها فى مقابل رفع الرجل يده عمّا أرادہ.

أقول:

إن ما ذكرناه فى الصحیحہ السابقہ آتٍ هنا، فإن «اصنع ما شئت و دعنى على حالتى» هو إنشاء للتصالح.

وفیما نحن فیہ: إن الذى أنشأه هو الإباحه والترخیص، ولا يمكن أن يكون مصداقاً للصّٰلِح، والصّٰلِح أمر إنشائى، فلا بدّ من الإنشاء الدالّ علیہ بالمطابقه أو بالالتزام.

وبالجمله، فإنها معاملہ مستقلّہ صحیحہ ولازمه من الطّرفین كما تقدم.

الجهه الرابعه:

هل اللّٰزوم تكلیفى، أى يجب علیہ البقاء على الإباحه ويحرم الرجوع، أو وضعى، بمعنى عدم الأثر للرجوع؟

ولم يتعرّض الشّیخ وغيره لهذه الجهه.

ربما يقال: لا- معنى للّٰزوم الوضعى فى الإباحه المعوّضه، لأنّ الإباحه ترخیص، فله الرجوع، فىكون الحكم تكلیفياً، فإنّ خالف ورجع لم يكن للمباح له التصرّف، إذ «لا يحلّ مال امرئ إلّا بطیب نفسه» (١).

لكنّ الظاهر: إن هذه الإباحه عقديّه وليست مجرد الترخیص، وحينئذٍ، فللحكم الوضعى مجال، أى: لا يمكنه الرجوع والفسخ، ولا أثر لذلك، لفرض كونه معامله لازمه، كما تقرّر فى الجهه السابقه.

ص: ٣٢٧

١- ١) تقدم فى الكتاب بألفاظه.

وتوضيحه: إنه إذا قال: أبحث لك التصرف بالعرض، فهل يكون العوض في مقابل الإباحة أو التصرف من نفسه أو غيره في مال المبيح؟ وعلى الثانى، هل المراد هو التصرف الخارجى أو إمكان التصرف؟ وعلى الأول، هل المراد إباحة التصرف فى الجبهه، بأن يكون له الرجوع متى ما أراد، أو إباحة التصرف مادامت العين باقية فى ملكه، فله أن يبيع الشئ - مثلاً - فينتفى الموضوع، أو إباحة التصرف مادامت العين باقية فى الخارج؟

وأيضاً: التصرفات تارة: متلفه للعين، كأن يباح أكله أو شربه بعوض - كما هو الحال فى المطاعم - أو صرف الماء بعوض كما هو الحال فى الحمامات، وأخرى: غير متلفه لها، كما يباح الجلوس على الفرش والسكنى فى الدار بالعوض.

وهذه الصور تختلف من حيث التكليف والوضع، وتختلف أيضاً من حيث الآثار الخارجيه. فمثلاً: لو لم يأكل الطعام فى المطعم بعد أن ابيح له الأكل بالعوض، لم يطالب بشئ، أما لو لم يسكن فى الغرفه بعد أن ابيح له السكن فيها بعوض، فإنه يطالب بالعوض المعين.

لا- يبعد أن يقال: بأنه إن كان العوض فى مقابل نفس الإباحه، فاللزام تكليفى، فللرجوع أثر وإن عصى، إذ ليس هناك شئء إلافعله وهو الإباحه.

وإن كان فى مقابل التصرف المرخص فيه، فاللزام وضعى.

فالأمر يختلف باختلاف الصور. فليتأمل.

ولو استأجر الغرفه بعوض معين لكل ليله، فالمشهور على بطلان هذه الإجاره، للجهل بالمدّه، إنما الكلام فى حكم الليله الاولى، فقال العلامة بالصحة فيها. وكيف كان، فإنه بالنسبه إلى ما عدا الليله الأولى إباحه بالعوض، فإن كان العوض فى مقابل التصرف الخارجى، لم يكن عليه شئء إن لم

يسكن في الغرفة، وإن كان في مقابل إمكان التصرف الخارجي، فالعوض واجب.

قوله:

وأما حكم الإباحة بالإباحة، فالإشكال فيه أيضاً يظهر مما ذكرنا في سابقه، والأقوى فيها أيضاً الصحة واللزوم، للعموم، أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلط.

أقول:

يعنى: إنه لا ينطبق عليه عنوان من عناوين المعاملات إلا الصلح.

وفيه: إن الصلح العقدي هو ما لو أنشأ مفهوم التسالم، وكونه مصداقاً للتسالم لا يجعله عقد صلح.

فهى معاملة مستقلة، وصحيحه، للعمومات.

أما اللزوم، فقد اختاره الشيخ، لكنّه جوّز الجواز من الطرفين أيضاً.

دليل اللزوم هو: عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم».

ودليل الجواز من الطرفين هو: أصالة السلطنة، وهو للطرفين لا لطرفٍ دون آخر، كما في الفرع السابق، إذ كلاهما مبيح.

لكن المختار هو: اللزوم من الطرفين.

ص: ٣٢٩

## اشاره

ذکر من العقود: الإجاره والهدیّه والهبه والوقف، ولم يتعرّض لغيرها، كما أنه عنوان «العقود» دون «الإيقاعات» مع عدم الفرق بينها، لوحده المناط.

ونحن نبحت عمّا ذكره فقط، فنقول:

العنوان تاره: غير قابل للإنشاء بالفعل، وأخرى: يقبل، لكنّ الشارع قد اعتبر له لفظاً معيّناً، وثالثه: تكون المعاطاه منافيّه لمضمون ما يريدان إنشائه.

وكلّ فعلٍ يكون اللّمازم الخارجى للمقصود مع قصد المضمون، فإنّه لا- يتحقق المعاطاه به، إذ لا مجال للمعاطاه بالكنايه، لأنّ الفعل لازم أعمّ.

مثلاً: إخراج العبد من الدار ملازم لأنّ يكون معتقاً، لكنّه لازم أعمّ فلا يصلح لأنّ ينشئ به إيقاع العتق.

وفى الأوقاف العامّه، لو خرج المالك عن الملك وراح ولم يرجع، لم يكن فعله وقفاً، لأنّ ذلك الخروج قد يكون ملازماً للوقف، لكنّه لازم أعمّ، فإذن، لا يترتب الأثر على لوازم الأفعال، إذ لا كنايه فى الأفعال، نعم، فى مثل وقف الفرش للمسجد، لا يبعد كفايه فرشّه فيه.

## فى النكاح؟

والنكاح فى اللّغه العقد، يقال: تناكحت الأشجار، أى تعاقدت، وهذا المعنى يقبل الاعتبار الوضعى، فهل يتحقّق ذلك بالاضطّجاع مع الأجنبيّه بقصد إنشاء الزوجيّه معها؟ ربما يقال بذلك، لكن لا يجوز النكاح فى الشرع

بلا لفظٍ، ولا أثر للمعاطاه فيه، بل لقد اعتبر الشارع فيه اللفظ الخاص.

وربما يتوهم: أنه لا- يعقل تحقيق معنى الزوجية بالاضطجاع الخارجى، لأن حليته الاضطجاع متوقفه على الزوجية، والمفروض تحقيقها بالاضطجاع، فحليته موقوفه على الزوجية وهى متوقفه على الاضطجاع، وهذا غير معقول، لأن الحكم له حيثية السببية لوجود المتعلق، فلا- يعقل تأخره عنه. وبعبارة اخرى: ارتفاع حرمه الاضطجاع مع الأجنبي منوط بالزوجية، فلو انيطت الزوجية بالاضطجاع الخارجى، لزم أن يكون الموضوع رافعاً لحكمه، وتوضيحه:

إن الحكم فى مرحله التعلق معلول للمتعلق، لأن الملا-ك قائم بالمتعلق، والحكم معلول للملا-ك، فهو معلول للمتعلق فى مقام نفس الأمر، لكن وجود المتعلق خارجاً مسبب عن الحكم والحكم سبب له، مثلاً: وجوب الصوم معلول للملا-ك، ولكن فى مقام الوجود الخارجى للصوم يكون الوجوب هو الموضوع للوجود، إذ لولا- الوجوب لما وجد، فالمتعلق فى الخارج معلول للحكم، فلا يعقل أن يتوقف الحكم على وجود متعلقه.

وتلخص: إن هذا يكون محذوراً عقلياً لتحقيق الزوجية بالفعل، وهو الاضطجاع.

هذا هو الوهم.

ويندفع: بما ذكرناه مراراً من أن الاختلاف بين السبب والمسبب يكون بتخلل الفاء فقط، وليس بينهما اختلاف فى الزمان، وفيما نحن فيه: الحلية متعلقه بالمضاجعه التى تتحقق بها الزوجية فى آن واحد، فقبل التحقق الخارجى للمضاجعه المقصود بها الزوجية، كانت المضاجعه محللة فى الاعتبار الشرعى، لا أن الحلية منوطه بالتحقق الخارجى للمضاجعه،

فلا يلزم الدّور.

ثم إنّه لا بدّ من تعميم البحث، ليشمل الإيقاعات أيضاً، فنقول:

إنّ جريان المعاطاه فى العقود والإيقاعات يبتنى على عدم وجود الدليل الشرعى على اعتبار اللفظ فيها، وكذا عدم قيام البرهان العقلى على امتناع جريانها فيه، فإنه - مع عدم وجود الدليل على اعتبار اللفظ وعدم البرهان على الامتناع - مقتضى القاعده هو الجريان، لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه.

فإنّ كان الدليل على العموم هو السيره، فقد يشكل بعدم قيامها فى بعض الموارد.

وهذه قاعده كليته تنطبق على كلّ فعلٍ خارجيّ معنون بالعنوان المقصود، وإلّا فلا وجه للبحث عنه.

لكنّ يقع البحث فى تشخيص المصاديق، من حيث وجود الدليل الشرعى أو البرهان العقلى على الإمتناع.

وقد ذكرنا وجود الدليل الشرعى على اعتبار اللفظ فى التّكاح، وأنه لا يتحقّق إنشاؤه بالمضاجعه، ولولاه لقلنا بجريان المعاطاه فيه، لعدم البرهان العقلى على امتناعه، وقد عرفت الجواب عن الوجه العقلى المذكور.

### فى الرّهن؟

وفى الرّهن، قد يقال: بأنّ المعاطاه فى الرّهن أن يسلم الرّاهن العين المرهونه إلى المرتهن، والحال أنّ إقباض العين المرهونه وقبضها شرط فى الرّهن، وكذا الكلام فى الوقف والقرض، فلو كانت المعاطاه الفعلية - القبض والإقباض - محقّقه لهذه الامور، يلزم اتّحاد الشّروط والمشروط، وهو مستحيل، لأنّ الشّروط يغير المقتضى وهو دخيل فى فعلية ترتّب المقتضى

ص: ٣٣٢

على المقتضى، فكيف يعقل وحده المشروط مع شرطه؟

فهذا البرهان العقلي مانع من تحقق العقود المذكوره بالمعاطاه.

لكن يمكن الجواب عنه: بأن القبض والإقباض - من قبيل الوجود والإيجاد - فعل واحد خارجي له نسبتان، نسبه إلى الفاعل فيكون إقباضاً، ونسبه إلى نفس الفعل، فيقال قبض، فلم لا يكون بما أنه إقباض رهنًا وبما أنه قبض ارتهانًا، فيرتفع الإشكال بلحاظ تعدد النسبه.

نعم، لو يشكل في جريان المعاطاه في الرهن، بأنه وثيقه الدين، والعين المرهونه تبقى محبوسه، وليس للرهن أن يتصرف فيها، فلو جرت المعاطاه - وهي معامله جائزه على المشهور - في الرهن، كان له التصرف فيها، وهذا ينافي حقيقه الرهن، لكان إشكالاً وارداً.

ثم إنه يعتبر في القرض أن يكون هناك قرينه على أنه تمليك بنحو الضمان، وإلما، فإن الفعل الخارجي - وهو إعطاء المال - أعم من أن يكون قرضاً أو هبه أو غير ذلك.

قال الشيخ:

إعلم أنه قد ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد - على ما حكى عنه - أن في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه في الإجاره، وكذا في الهبه.

وذلك....

وحاصل كلام جامع المقاصد هو: إن المعاطاه جاريه في الإجاره والهبه، لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله، فقد استحق الأجره، ولو كانت الإجاره فاسده لم يجز العمل في العين التي استؤجر للعمل فيها كأن يغسلها مثلاً.

وكذا لو وهب بغير عقد، فإن ظاهر الفقهاء جواز الإتلاف، ولو كانت

ص: ٣٣٣



هبةً فاسده لم يجز، بل منع من مطلق التصرف.

فأشكل عليه الشيخ بقوله:

### فى الهبة؟

وفيه: إن معنى جريان المعاطاه فى الإجاره على مذهب المحقق الثانى:

الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر، وملك الأمر العمل المعين به، ولم نجد من صرح به فى المعاطاه.

أى: لم لا يجوز له العمل، بل يجوز، وفساد المعامله لا يوجب منعه عن العمل، لا سيما فيما كان العمل فى شىء آخر ليس ملكاً للموَجِر، كالكتابه وقراءه القرآن مثلاً، ويستحق أجره المثل، لأنه لم يقصد التبرع، وإنما قصد عوضاً لم يسلم له.

قوله:

وأما مسأله الهبه، فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاه فيها، إلا إذا قلنا فى المعاطاه بالإباحه...

وحاصل الكلام فى الهبه هو: إن المحقق الثانى القائل بإفاده المعاطاه للملك، لا يمكنه الاستدلال لجواز الهبه المعاطاتيه، لأن إفادتها الملك متوقفه على اللفظ، للإجماع على اعتبار اللفظ فى المعامله اللازمه، فإذن، لا تجرى المعاطاه فى الهبه إلا على مبنى القائلين بإفادتها بالإباحه.

### فى الإجاره؟

أقول:

أما فى إجاره الأعيان كالدار والبستان، فالمعاطاه جاريه، لصدق عنوان

ص: ٣٣٤

الإجاره على المعاطاه الخارجيه، وكذلك فى الهبه - وهى فى الأعيان دائماً - للصدق بلا إشكال.

إنما الكلام فى إجاره الأعمال، والإنصاف أنه مشكلٌ، للإشكال فى تحقق مضمون الإجاره بالمعاطاه، لأنَّ إجاره العمل هى أن يملك المستأجر العمل فى ذمه الأجير، والإيجاب فى الإجاره يكون دائماً من طرف الأجير، فأما قبل العمل، فلا دليل على كونه ملكاً للمستأجر حتى يوجده الأجير، وأما بعد العمل، فلا شىء حتى يكون ملكاً للمستأجر. والقول بأنه لو أخذ الأجير الأجره قبل العمل - مع أنه لا يستحقها - كان الأخذ بمنزله الإيجاب منه لتمليك العمل فى ذمته للمستأجر المعطى للأجره، والإعطاء بمنزله القبول، وكذا لو جاء بالثوب مثلاً - إلى الخياط، فإنه بمنزله القبول، وأخذ الخياط الثوب إيجاباً منه لتمليك الخياطه لصاحب الثوب، تكلف.

وتلخص: جريان المعاطاه فى الهبه.

وأما فى الإجاره، فلا بد من التفصيل بين الأعيان، فتجرى، والأعمال فلا تجرى، فظهر ما فى إطلاق قول الشيخ:

الأظهر بناءً على جريانها فى البيع جريانها فى غيره من الإجاره والهبه....

وتعرض للرهن فقال:

وظاهر المحكى عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع وغيره، حيث قال فى باب الرهن... لكن استشكله فى محكى جامع المقاصد... ولعل وجه الإشكال:

عدم تأتى المعاطاه بالإجماع فى الرهن على النحو الذى أجروها فى البيع....

وحاصل كلامه: عدم جريانها فى الرهن على جميع الأقوال، لأنه إن كان المقصود بالمعاطاه هو الإباحه، كما عليه صاحب الجواهر، فهذا خلاف المقصود من الرهن، إذ المقصود منه تصرف المرتهن فيما يأخذه، وإن كانت

المعاطاه مفيدة للإباحه - وإن قصد بها التمليك - كما عليه المشهور، فكذلك، وإن كانت مفيدة للملكيه الجائزه، فهي مباينه للوثاقه الرهنيه. وأمّا القول بأن المعاطاه فى خصوص الرهن مفيده للزوم، فهذا خلاف الإجماع على أن العقود اللّازمه يعتبر فيها اللّفظ.

أقول:

وهو كلام متين جداً، لكن لنا أن نقول: المعاطاه تفيد الملكيه، ونسلمّ بأنها الملكيه الجائزه، لكنّ هذا الجواز إنما جاء من ناحيه الإجماع، وإلّا فمقتضى القاعده هو اللّزوم، وعلى هذا، فكلّ عقد أمكن فيه الجواز واللّزوم، كان الإجماع مانعاً فيه عن اللّزوم، وكلّ عقد لا يتحقّق فيه حقيقه العقد إلّا باللّزوم، فهو خارج عن القدر المتيقن من معقد الإجماع، والرهن بعد شمول العمومات له من هذا القبيل، فالمعاطاه جاريه فيه وهى معامله لازمه.

قوله:

ولأجل ما ذكرنا فى الرهن، يمنع من جريان المعاطاه فى الوقف، بأن يكتفى فيه بالإقباض، لأنّ القول فيه باللّزوم منافٍ لم اشتهر بينهم من توقّف اللّزوم على اللّفظ، والجواز غير معروف فى الوقف من الشارع. فتأمل... .

أى: إنّ الوقف حبس العين وتسييل المنفعه، فحقيقه الوقف ليس الإباحه بل هو الحبس، وإفاده المعاطاه جواز الوقف لا لزومه ينافى حقيقته، وإن قلنا بإفادتها اللّزوم، كان مخالفاً لما أطبق عليه الأصحاب من الاحتياج إلى اللّفظ.

ص: ٣٣٦

أقول:

إنَّ حقيقة الوقف من الوقوف، فهو إيقافٌ للملك وحبسٌ للعين عن الإنتقال، لأنَّ الملك في حدِّ ذاته قابلٌ للانتقال، والوقف سواء على الأولاد أو على العامَّة، وسواء كان تحريراً للملك كما يعتق العبد، أو تملكاً لجهه، فلا انتقال فيه ولا جريان، بل هو على كلِّ تقديرٍ إيقافٌ للعين، فإنَّ لم يُعتبر فيه قصد القربة، جاز الوقف المعاطاتي، وكان له الرجوع فيه، إلَّا أنَّ يقوم الإجماع على عدم الجواز، وإنَّ اعتبر فيه القصد - كما هو المشهور - فالدليل الشرعي قائم على الحبس وهو ما دلَّ على أنَّ «ما كان لله لا يرد». فالدليل على اللزوم هو الدليل الشرعي الخاصَّ.

فظهر الفرق بين الوقف والرهن، إذ الرجوع والجواز ينافي حقيقة الرهن ولا ينافي حقيقة الوقف، لكنَّ المانع ما ذكرناه.

والحاصل: إنَّ المعاطاه جارية في الرهن والوقف، وهي لازمة في كليهما. والجواب عن الإجماع على الجواز في المعاطاه قد تقدّم.

إشاره

قال الشيخ:

إعلم أنّ الأصل علی القول بالملك: اللزوم، لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمه، وأمّا علی القول بالإباحه، فالأصل عدم اللزوم، لقاعده تسلّط الناس علی أموالهم....

أقول:

أمّا بناءً علی إفاده المعاطاه الملك، فإنّ الوجوه الثمانية تفيد اللزوم، وهي:

قاعده السلطنه، فالأخذ مالک وله السلطنه، وليس للمعطي الرجوع والتصرف علی خلاف سلطنه الآخذ.

وقوله: لا يحلّ... ووجه الاستدلال كسابقه.

وآیه التجاره، فإنها تدلّ علی اللزوم بكلتا الجملتين.

وآیه الوفاء بالعقود، ومقتضاها أنّ يكون المعطي واقفاً علی العقد الذي أوجده وأنّ يفی به، فلو رجع عن عقده فقد خالف الأمر بالوفاء.

والبیعان بالخيار... فإنه مع الافتراق لا رجوع له. وفي بعض الألفاظ:

وجب البیع.

والمؤمنون عند شروطهم، دلّ علی أنّ المؤمنین واقفون عند شروطهم، ملتزمون بها، لا يخالفونها، والرجوع ینافی هذا المعنی.

والاستصحاب، فإنّ مقتضاه بقاء ملكیه الآخذ.

وأما بناءً على إفادتها الإباحه، فمقتضى القاعده هو الجواز، وأنّ للمعطي الرجوع فيما أعطاه، لعموم: «الناس مسلطون على أموالهم» واستصحاب السّيلطنه الموجوده من قبل المعطاءه، فإنه لو شكّ بأنّ هذه الإباحه تزيل السّيلطنه أؤلا؟ يستصحب بقاؤها، وهذا الاستصحاب حاكم على استصحاب الإباحه الحاصله للآخذ قبل رجوع المعطي.

إلى هنا كلام الشيخ.

فأقول:

إنّ ما ذكره بناءً على القول بالملك تام، لكنّ كلامه بناءً على القول بالإباحه مجمل جدّاً، بل الإنصاف عدم خلّوه من الإشكال، لأنّ الإباحه فى المعطاءه على أنحاء:

١ - الإباحه المالكيه المقصوده للمتعاظين، وهو مختار صاحب الجواهر.

٢ - المعطاءه المقصود بها الملك، لم يعتبر الشارع فيها الملكيه واعتبر الإباحه المالكيه الضّمنيه الحاصله ضمن التملك المقصود.

٣ - المعطاءه بعنوان التملك، وكان الرضا تملكاً ولم يكن هناك رضا بالإباحه فى الضمن، والشارع لم يمض هذا الرضا، وإذ سقط التملك لعدم اعتبار الشارع، سقط الرضا تبعاً له، إلّا أنّ الشارع قد اعتبر الإباحه، فهى إباحه شرعيه تعيديه محضه، فكأن الشارع يقول: من أعطى ماله إلى غيره بقصد التملك، فهذا الإعطاء عندى سبب لترخيصه فى التصرف، وإن كان تصرفه على خلاف رضا المالك، نظير المعامله الفاسده، حيث أنّ الشارع لم يعتبر الملكيه فى العقد الفاسد، ولا يوجد هناك رضا من المالك بالتصرف، لكنّ يوجد فى المعطاءه هكذا تعبّد من الشارع.

ص: ٣٣٩

فإن كانت الإباحة من قبيل الأول، فللمعطى الرجوع، لقاعده السِّلطنة، لأنَّ الشيء باق على ملكه ولم يقصد هو التمليك ولا جاء من قبل الشارع ملكيه تعديده، وحينئذٍ، لا معنى لأنَّ يجمع الشيخ بين القاعده والاستصحاب، لأنَّ مقتضى القاعده كون المال مالاً له، ولا شك في بقاء الملكيه، مضافاً إلى أنه مع وجود الدليل لا مجال للأصل، كما أنَّ استصحاب الإباحة أيضاً لا معنى له، حتى يكون ذاك حاكماً عليه، لأنه قد أباح ثم رجع.

وإنَّ كانت الإباحة ضميّة حاصله من المالك وقد اعتبرها الشارع، فإنّه - وإنَّ زعم أن المال خارج عن ملكيته - لا يزال المال في ملكه بحكم الشارع، فالإضافه الملكيه موجوده وعلى أساسها تجرى قاعده السلطنة، وله الرجوع، فلا تصل النوبه إلى استصحاب السلطنة السابقه، ولا تجرى أصاله الإباحه حتى يكون محكوماً.

وإنَّ كانت الإباحه شرعيّة تعديده - بأنَّ يقول: إنه وإنَّ لم يتملك المتعاطيان المالين، ولا رضا منهما بالتصرف أصلاً، فهما متعبدان بإباحه التصرف فيما أخذه - فإنه يستصحب بقاؤهما بعد المعاطاه ورجوع المالك، لأنّه يشكّ في أنه بالرجوع قد ارتفعت بالإباحه الشرعيّة أولاً؟ فالأصل بقاؤها، وهذا الأصل لا يمكن أن يكون محكوماً. نعم، قاعده السِّلطنة محفوظه، فله التصرف في ماله، كأنَّ يبيعه مثلاً فيرتفع الموضوع، لكنَّ مادام هو موجوداً فالشارع تعيد بجواز التصرف للأخذ، وكلّما يقول: لست براضٍ بتصرفاتك، لم يكن مؤثراً، لأنها إباحه شرعيّة لا مالكيه، والمالكيه هي التي ترتفع بالرجوع.

فإذن، ليس هناك منافاه بين قاعده السِّلطنة واستصحاب بقاء الإباحه، فضلاً عن أن يوجد التنافي بين استصحابهما فيقال بتقدّم ذاك على

هذا بالحكومة.

وعلى فرض جريان استصحاب السِّلطنة، فإنه يفيد لأن يتصرّف المالك في ملكه التصرفات الناقله أو المتلفه، وأمّا مادام المال موجوداً، فالحكم بالإباحه الشرعيّه موجود، ومع الشكّ في بقائه يستصحب.

### تلف العوضين

قوله:

إذا عرفت هذا، فاعلم: أن تلف العوضين ملزم إجماعاً - على الظاهر المصرّح به في بعض العبائر. أمّا على القول بالإباحه فواضح، لأنّ تلفه من مال مالكه، ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه. وتوهم جريان قاعده الضمان باليد هنا مندفع بما سيّجئ.

أقول:

توضيح كلامه وتقريب مرامه هو: إن سبب الضمان إمّا الإتلاف أو اليد، أمّا قاعده الإتلاف - من أتلف مال الغير فهو له ضامن - فمصطاده من موارد عديده من الشريعة، لكنّ كلّ قاعده مصطاده كذلك، فلا بدّ وأن يكون لها وجه يشترك فيها جميع الموارد، والجامع بينهما هنا هو عدم وجود الإباحه الشرعيّه، فلو كان الإتلاف من ناحيه الإباحه، فلا ضمان، فالإتلاف الذي هو سبب الضمان يكون حيث لا إباحه، والمفروض هنا وجود إباحه التصرف شرعاً، فلا تجرى القاعده.

وأمّا قاعده اليد - على اليد ما أخذت حتى تؤدّي - فهي موجه للضمان عند التلف، فيما لو كان الإنسان مخاطباً برّد العين حال وجودها، والمتعاطيان لم يكونا مكلفين بالأداء، فهما في حال التلف ليسا بمكلفين

ص: ٣٤١



بأداء المثل أو قيمه. ولذا قال الشيخ: لأنّ تلفه من مال مالكه ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه.

لكن يرد عليه:

أولاً: قوله على الإباحه.

فإنّ القول بالإباحه - وهو قول المشهور - مبنّى على أن المعاطاه بيع فاسد، وسيأتى أن كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فلماذا قال بعدم الضمان؟

وثانياً: قد تقدّم - فى الكلام على ما ذهب إليه كاشف الغطاء رحمه الله، من أنّ القول بإفاده المعاطاه للإباحه يستلزم تأسيس قواعد جديده - قول الشيخ: بأنه إذا تلف المأخوذ بالمعاطاه نستكشف الملكيه قبله آناً، وعلى ما ذكره هناك، يكون التلف من كلّ منهما فى ماله، فإذن، لا موضوع للضمان.

فما أفاده هنا ينافى كلامه هناك، ولا طريق للجمع بينهما.

نعم، لو قيل فى البحث عن تلك القاعده، بأنّ الإقدام على الضمان لا يكون سبباً لضمان المثل أو قيمه بتلف العوضين، كان لما ذكره وجه، لكنّه لا يقول بذلك.

قوله:

وأما على القول بالملك، فلما عرفت من أصله اللزوم، والمتيقن من مخالفتها جواز تراّد العينين، وحيث ارتفع مورد الترادّ امتنع...

أقول:

إنّ القدر المتيقن من الخروج من الأصل، هو صورته وجود العينين، وأما مع تلفهما فالقاعده محكمه.

قال بهذا، والحال أن مسلكه أنه لو كان الحكم مترتباً على عام، ومتعلّق

ص: ٣٤٢

الحكم أمر زمانى ولكنْ كانت حيثيّه الاستمرار الزمانى فيه من ناحيه الإطلاق، وبعبارة اخرى: الحكم متوجّه إلى المتعلّق الذى له استمرار فى الزمان، وكان الزمان ظرفاً للمتعلّق - لا - مفرداً للحكم - فلو كان للمتعلّق حكم فى زمانٍ على خلاف حكم ذلك العام، فإنه مع الشك بعد ذلك الزمان لا يتمسك بالعام، فكيف يقول هنا بالتمسك بالعمومات؟

ولقد تعرّضنا لهذا المطلب فى بحوثنا الاصوليه، ولنا فيه مسلك خاص، توضيحه:

إنه لو قال: «أكرم العلماء» كان ظاهراً فى إكرامهم فى كلّ زمانٍ وبأنحاء الإكرام، لكنّ هذه الأنحاء غير مأخوذه فى اللفظ، بل هذا الاستمرار مستفاد من الإطلاق، بخلاف ما لو قال: «أكرم العلماء فى كلّ يوم»، فإنّ الحكم متوجّه إلى أفراد الإكرام المتعدّده بعد الأيّام، فإكرام كلّ يوم متعلّق للإيجاب، فإنّ قال بعد القول المذكور: «لا تكرم زيدا العالم فى يوم الجمعة»، فقد أخرج يوم الجمعة وبقى وجوب إكرامه فى سائر الأيّام، لأنّ المفروض هو تعدّد الإكرام، ولو شكك فى وجوب إكرامه فى غير الجمعة، تمسك بالعام بلا كلام.

أمّا لو كان قوله: «لا تكرم زيدا العالم فى يوم الجمعة» بعد قوله: «أكرم العلماء» وكان استمرار الإكرام من باب أنّ الزمان ظرف للإكرام، فإنه لا يتمسك بالعام لدى الشك فى إكرامه عدا يوم الجمعة، لأنّ قوله: «يوم الجمعة» ليس مخصّياً للعموم الأزمانى، إذ المفروض أنّ لا عموم أزمانى، فلا محاله، يكون «لا تكرم» مخصّياً لـ «العلماء». فزيد يخرج من تحت العلماء يوم الجمعة، ولا يتمسك بوجوب الإكرام بالنسبه إلى يوم السبت مثلاً، بل يستصحب حكم يوم الجمعة.

هذا مسلك الشيخ رحمه الله، كما فى التنبيه العاشر من تنبيهات

وفيما نحن فيه، مقتضى الآيه المباركه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هو الإستمرار الأزمانى لوجوب الوفاء، فإذا قام الدليل على جواز المعاطاه مع وجود العينين، كان مخصّياً صاماً للعموم ودالماً على عدم وجوب الوفاء فى زمان وجود العينين، فتسقط حينئذٍ أصاله اللزوم، ويستصحب حكم المخصّص، وإذا سقطت دلالة الآيه، سقط غيرها من الأدله بالأولويه، ولا مجال للإستصحاب، لأنّ الملكيه السابقيه كانت جائزه، واستصحاب بقاء هذه الملكيه لا يفيد اللزوم.

لكنّ الحقّ - كما ذكرنا فى الاصول - أنّ الزمان فى الأدله قيد للمتعلّق، إذ الإكرام إنّما يقع فى الزمان، فإذا ورد عام وتعلّق بحكم كآيه الوفاء، كان ظاهراً فى الإطلاق بحسب الأزمنه، والزمان ظرف للوفاء لا للحكم، وإنّما ترفع اليد بقدر المخصّص، وعليه، فالوفاء واجب إلّا فى ظرف وجود العينين.

فما ذهب إليه الشيخ هنا صحيح على هذا المسلك المحقّق، لا على مسلكه فقهاً وأصولاً، وإنّ اختاره بعض مشايخنا، فإذا تمّ ما ذكرنا فى الآيه، كان جارياً فى غيره من العمومات، لأنّ المخصّص هو الإجماع، وهو دليل لئبى يؤخذ منه بالقدر المتيقّن، وهو حال وجود العوضين كما ذكر، والمرجع فى غيره هو العمومات.

هذا، وقال المحقق الخراسانى معلقاً (٣) على قول الشيخ: والمتيقّن من مخالفتها جواز تراذ العينين، ما ملخصه: أن المراد ليس انتقال العينين من

ص: ٣٤٤

١-١) فرائد الاصول: ٣٩٥ ط الحجرية.

٢-٢) المكاسب: ٢٤٣ ط الشهيدى.

٣-٣) حاشيه المكاسب: ٢٢.

مكانٍ إلى آخر خارجاً، بل هو الترادُّ في الملكيه، وهو عبارته اخرى عن حلِّ العقد، ولذا قال ابن إدريس: بأنَّ المعاطاه يجوز فيها الفسخ. فالترادُّ ملكاً يرادف جواز الفسخ، وحينئذٍ، يترتب عليه الرجوع إلى البدل.

وفيه:

أولاً: إن كان المراد هو الترادُّ في الملكيه، فهل الموضوع ترادُّ طبيعيّ العوضين أو خصوصهما؟ إن كان الأول، فالإشكال وارد، لكنَّ الموضوع لجواز الترادُّ هو العينان بوصف وجودهما الخارجى، وبمجرد التلف يرتفع موضوع الحكم وبارتفاعه يرتفع الحكم، وحينئذٍ تتحكّم أدلّه اللزوم.

وثانياً: أنا لو تنزّلنا عن أنّ الموضوع مقيد بوصف الوجود، فلا أقل من الشكّ.

لكنّ لا- يتوهم دخوله في القسم الثانى من استصحاب الكلّى، بأن يكون الجواز مردداً بين فردين، أحدهما زائل وهو الترادُّ المتّصف بالوجود والآخر باق، وهو ترادُّ طبيعيّ العوضين، فيستصحب جواز الترادُّ الثابت قبل التلف، فيكون الحق ما ذكره المحقق الخراسانى.

إذ فيه: إنه لا- مانع من استصحاب الكلّى القسم الثانى فى الموضوعات، لكنّه فى الأحكام موقوفٌ على إحراز الموضوع، لأنّ وحده الموضوع فى الإستصحاب شرط، لكنّ الموضوع مشكوك فيه، فلا- يجرى الاستصحاب، ومن هنا يمكن القول بأنّ الاستصحاب من القسم المذكور منحصرٌ فى الموضوعات.

قوله:

ولم يثبت قبل التلف جواز المعامله على نحو جواز البيع الخيارى حتّى يستصحب بعد التلف، لأنّ ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من

ص: ٣٤٥

أقول:

إنّ معنى اللزوم بعد التلف هو أن لا يرجع إلى البدل من المثل أو قيمه، وبيان ذلك:

أمّا على بالإباحه، فإنّ الإباحه على أربعة وجوه:

أمّا على ما ذهب إليه صاحب الجواهر، من أن المتعاطيين يقصدان الإباحه من أوّل الأمر، فلأنه إذا تلف العوضان، فهما تالفان في ملك المالك، فلا تكون يد الآخذ يد ضمانٍ حتى يضمن بعد التلف بالرجوع إلى البدل، بل اللزوم حاصل.

وأمّا على ما ذهب إليه الشهيد الثاني - وتبعه المحقق الخراساني - من أن المعاطاه تفيد الملك بشرط تلف العوضين، فإن كان بنحو الشرط المتأخر، فإنه يستكشف منه حصول الملكيه من أوّل الأمر وأنّ الإباحه كانت ظاهريّة، وإن كان بنحو الشرط المقارن، بأن تحصل الملكيه مقارنةً للتلف، فالإباحه قبل التلف ثابتة بالدليل الخارجى، أو أن تسليط المعطى فيه إباحه مالكيه ضمنيّة، فإذا تلفت العين كان التلف واقعاً في ملكه، فلا موضوع للضمان.

وأمّا القول: بأنّ المتعاطيين وإنّ قصدا التمليك لكنّ الشارع لم يمضه وأن البيع فاسد، إلّا أنّ التسليط اليدى الحاصل يفيد الإباحه المالكيه الضمنيّة، فالعين غير تالفه في ملك من كانت عنده، بل هي من مال المالك الأوّل، إلّا أنه لا ضمان، لعدم جريان قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، ووجه عدم الجريان هو: إنّ تلك القاعده إنما تجرى حيث لا إباحه مالكيه.

وأمّا على القول: بإفاده المعاطاه للإباحه بالتعبّد الشرعى، بأنّ يكون الشارع متعبداً بها بعد عدم إمضاء ما قصدها من التمليك، فلا ضمان كذلك،

لما أفاده الشيخ سابقاً من أنّ الإجماع على عدم الضمان يكشف عن أنّ الإباحة كانت إلى وقت ما قبل التلف، فإذا حصل تحققت الملكية، فيكون التلف في الملك، فلا موضوع للضمان، وعلى فرض عدم قبول ما ذكره، المبني على مقتضى الجمع بين الأدلة، أمكن القول بأنّ القاعده المتقدمه غير جاريه هنا كذلك، لأنها إنما تجرى حيث لا إباحه مطلقاً، والمفروض في المقام وجود الإباحه الشرعيه التعدييه.

وهذا كله بناءً على الإباحه.

وأما على الملك، بمعنى أنّ المعاطاه تفيده الملكية وقد أمضاها الشارع، فيكون كلّ واحدٍ مالكاً للعرض الذي يأخذه، مع جواز التراد، فقد ذكر الشيخ أنّ جوازه محدود بالإمكان، وهو حيث يكون العوضان موجودين، فعلى هذا، يصحّ التمسك بأصالة اللزوم، لأنّ القدر المتيقن خروجه هو حال وجود العوضين.

وقد أورد عليه بعض الأكابر بوجهين مهمين:

أحدهما: إنّ أصالة اللزوم مستنده إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم»، لكنّ زمان وجود العوضين ظرف للحكم لا قيد، وقد قرّر الشيخ أنّ في مثله لا يتمسك بالعام بل يستصحب حكم الخاص، فالمرجع حينئذٍ استصحاب جواز التراد.

والثاني: إن المراد من الجواز في المعاطاه عبارته عن جواز الرجوع في العوضين، نظير رجوع الواهب في الهبه، فليس جواز التراد على نحو جواز الفسخ. هذا ما ذكره الشيخ. فيرد عليه: إن ذلك عبارته اخرى عن حلّ العقد وفسخه، إذ لا معنى لبقاء العقد بعد استرداد كلّ منهما ما أعطاه وإرجاعه إلى ملكه، ولازم انحلال العقد هو الرجوع إلى المثل أو قيمه، فلماذا لا يقول

الشيخ بذلك؟

أقول:

إن المعاطاه هي الإعطاء والأخذ، والتراذ عبارة عن الاسترجاع لما أعطى وأُخذ، وجوازه حكم ثابت بالإجماع، فموضوع جواز التراذ هو استرداد العوضين إلى الملك، ولازم ذلك انحلال العقد، لا أن جواز التراذ عين فسخ العقد وحله، ففرق بين فسخ العقد - كما في الخيار - ولازمه التراذ، وجواز التراذ الذي يكون فسخ العقد لازماً له، فهما متغايران متعاكسان. وإذا علمت هذا، فمن الواضح أن جواز التراذ للعوضين إنما يكون مع وجودهما، فإذا انتفيا فلا حكم بالجواز لعدم بقاء الحكم بعد ارتفاع الموضوع.

وعلى هذا، فلا مجال للبحث عن انحلال العقد، لأنه إنما كان على أثر جواز التراذ، وإذ امتنع فلا يبحث عنه، حتى يقال بأن لازم الإنحلال هو الرجوع إلى المثل أو القيمة.

وبما ذكرنا ظهر: أن الشيخ لا يريد التمسك بالعموم، حتى يقال بأنه من التمسك بالعام بعد انقضاء زمان المخصص.

فالإشكالان مندفعان.

### تلف احدى العينين

قوله:

ومنه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين أو بعضها على القول بالملك.

أقول:

لأن القدر المتيقن من الجواز بناءً على الملك هو وجود العينين، لأن التراذ كان في صورته وجودهما بتمامهما، وأما مع تلف أحدهما أو بعضه،

ص: ٣٤٨

فالمرجع عمومات اللزوم.

قوله:

وأَمَّا على القول بالإباحه، فقد استوجه بعض مشايخنا - وفاقاً لبعض معاصريه تبعاً للمسالک - أصاله عدم اللزوم، لأصاله بقاء سلطنه مالک... .

أقول:

وجه القول بعدم اللزوم هو: إنَّ كلاً منهما كان يجوز له التصرّف بما فى يده، فلو تلف أحد العوضين فلا دليل على تملك الآخر، بل إنَّ الذى تلف ما كان بيده يحكم عليه بدفع البدل، عملاً بدليل السلطنه الثابته للطرف المقابل.

قوله:

وفيه: أنها معارضه بأصاله براهه ذمته عن مثل التالف أو قيمته... .

أقول:

قال السيد: لا معارضه بين الأصل والدليل، بل الدليل مقدّم.

لكنه غفله عن كلام الشيخ، فقد تمسك بأصاله السلطنه لا قاعدتها، لأنه بعد تلف احدى العينين واحتمال كون العوض الموجود بيد الآخر ملكاً له، فلا مجرى للقاعده، لعدم إحراز كونه مالکاً له، فصدق «أموالهم» عليه غير معلوم، لكنه مجرى للاستصحاب، فيستصحب بقاء المال على الملكيه السابقه وتترتب عليه السلطنه، وتكون ذمه من تلف بيده مشغوله بالبدل، فلا يرد الإشكال، وما ذكره هو الصحيح.

إلا أنه يقع التعارض بين الإستصحاب وأصاله عدم اشتغال ذمه من تلف عنده المال عن المثل والقيمه، فيتساقطان، ولا يبقى دليل للرجوع فى العين الموجوده.

ومما ذكرنا ظهر أن الصحيح هو التعبير بأصاله عدم اشتغال الذمه

ص: ٣٤٩



لا- براءتها، لأنَّ أصله البراءة أصل حكْمى ولا يجرى الأصل الحكْمى مع وجود الأصل الموضوعى، لا سيَّما الاستصحاب، إلَّا أن يكون مراده ما ذكرناه.

قوله:

والتمسك بعموم على اليد هنا فى غير محلّه، بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل ولا بعده، إذا بنى مالك العين الموجوده على إمضاء المعاطاه ولم يرد الرجوع، إنّما الكلام فى الضمان إذا أراد الرجوع، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

أقول:

حاصله: إن الضمان إنّما يكون فيما لو كانت اليد يد ضمان من أول الأمر، ولكنها ليست كذلك. وأيضاً، لو لم يرد صاحب المتاع الرجوع لأخذه فذمته غير مشغوله بالبدل، إنّما يكون الإشتغال لو أراد الرجوع، وعلى هذا، فمعنى التمسك بالقاعده هو أن يده على الثمن كانت يد ضمانٍ تعليقى، والقاعده لا تفيد الضمان التعليقى أصلاً.

وتلخص: لزوم هذه المعامله.

وقوله:

لكن يمكن أن يقال: إن أصله بقاء التسلطنه حاكمه على أصله عدم الضمان بالمثل أو القيمه، مع أنّ ضمان التالف ببده معلوم، إلّا أنّ الكلام فى أنّ البدل هو البدل الحقيقى، أعنى المثل أو القيمه أو البدل الجعلى، أعنى العين الموجوده، فلا- أصل. هذا، مضافاً إلى ما قد يقال... فتدبر.

أقول:

مراده تأييد ما ذهب إليه صاحب المسالك ومن تبعه، ودفع

ص: ٣٥٠

المعارضه التي ذكرها: بأن أصله السِّلْطَنه أصلٌ سببيٌّ وأصله البراءه أصلٌ مسببيٌّ، والأصلُ السببيُّ حاكمٌ على المسببيِّ، لأن مفاد أصله السِّلْطَنه هو جواز الرجوع في المال، وعليه، فلمَّا كُنَّا نعلم بأن مال أحد لا يذهب مجاناً، فلا محاله يكون بعد رجوعه في المال الموجود، ضامناً لمثل التالف أو قيمته للطرف المقابل، فثبوت اشتغال ذمّه من تلف عنده المال لا يبقى مجالاً لجريان أصله البراءه. هذا ما ذكره أوّلاً.

ثم قال: بأننا نعلم إجمالاً - بأنّ صاحب المال ضامن، لأنّ المال الذي أتلفه لم يكن مجاناً، بل كان إباحهً بعوض، فهو ضامن إمّا للعين الموجوده وعليه دفعها للطرف ولا - رجوع له فيها أو لمثل التالف أو قيمته. ومع هذا العلم الإجمالي لا يجرى أصله البراءه عن الضمان، فتكون أصله السِّلْطَنه جاريهً بلا معارض.

أقول: لقد كان الأولى أن يقول: عندنا علم إجمالي بثبوت الضمان، فالأصلان - أصله عدم اشتغال ذمّته، بتسليم العين الموجوده، وأصله عدم اشتغالها بالمثل أو قيمه - يتعارضان ويتساقطان.

ثم قال: إنّ صاحب العين التالفه له سلطنه على ماله الموجود بيد الطرف، ومقتضى عموم «الناس مسلّطون» أن يكون له إرجاعه، والطرف المقابل المالك للثمن يرجع على من تلف عنده، بمقتضى عموم السلطنه، فيطالبه بالبدل بعد تلفه.

هذا تمام كلام الشيخ في المقام.

وفيما ذكره نظرٌ من جهات:

الأولى: الذي في المسالك أنه يقوى اللزوم بصراحه، وأمّا عدمه، فقد احتمله احتمالاً وهذا نصّ عبارته حيث قال: لو تلف احدهما خاصه، فقد

صرّح جماعه بالاكْتفاء به في تحقّق ملك الاخرى، نظراً إلى ما قدّمناه من جعل الباقي عوضاً عن التالف، لتراضيهما على ذلك، ويحتمل هنا العدم، التفاتاً إلى بقاء الملك وعموم: الناس مسلّطون على أموالهم. والأوّل أقوى، فإنّ من بيده المال فقد ظفر بمثل حقّه بإذن مستحقّه فيملكه، وإنّ كان مغايراً له في الجنس والوصف، لتراضيهما على ذلك (1).

والثانيه: لقد كان الأولى أن يتمسّكوا بقاعده اليد فيقولوا: لا تجرى البراءه ولا معارض لقاعده السّيلطنه، لأنه من تعليق الحكم بموضوعه، لكنّ الأحكام - وضعيّه كانت أو تكليفيّه - معلقه على ثبوت الموضوع، ومعنى: لو رجع ضمن، أنه لو رجع انحلّ العقد، أي: إنه إن كان المال موجوداً أخذه وإن لم يكن موجوداً أخذ بدله، نظير رجوع ذى الخيار في زمنه على من تلف المال بيده بأخذ البدل، مع أن يده عند التلف لم تكن يد ضمان. وبعبارة اخرى: فإنّ معنى: على اليد ما أخذت... أنه إن كانت العين موجوده وجب عليه أدائها، وإلّا وجب عليه أداء البدل عنها.

فيرد على الشيخ:

أولاً: اليد يد ضمان، لأن الإباحه كانت معوّضه، فقوله: «ليست يد ضمان» غير تام.

وثانياً: قوله: إنه لو رجع ضمن بالبدل، معناه: إنه إن رجع يكون الطرف ضامناً، ومعنى الرجوع هو الفسخ، فيأخذ العين إن كانت وإلّا فبدلها، وكان الأولى أن يقال: أصاله السلطنه معتضده بقاعده اليد.

وعلى ما ذكرنا في تصحيح كلام الجماعه، فلا حاجه إلى الوجوه التي

ص: ٣٥٢

أقامها الشيخ رحمه الله لتأييد ما ذهبوا إليه.

الثالثه: والوجوه هي:

١ - إنَّ أصاله بقاء السِّلْطَنه حاكمه على أصاله عدم الضمان بالمثل أو القيمه. وتقريبه: إن الشكَّ في اشتغال ذمته وعدمه، مسبَّب عن أن يكون له حقَّ الرجوع أو لا يكون، وقاعده السِّلْطَنه تفيد أن له الرجوع، وإذا جرى الأصل في ناحيه السبب لم يبق شك في اشتغال الذمّه.

وفيه: عدم جريان الحكومه هنا، لأنها مشروطه بأن تكون السبب شرعيّه وهي هنا عقليّه، بل الأصل هنا في الحقيقه مثبت، لأنَّ أصاله السِّلْطَنه تثبت حقَّ الرجوع، وإذ لا يكون مال الآخر مجاناً، فلازم السِّلْطَنه براءه الذمّه.

بل لو أردنا إحراز قانون الشك السببيّ والمسببي مع النظر إلى اللّوازم، جاز أن يكون المورد بالعكس، بأن يكون الشكَّ في الرجوع وعدمه مسبباً عن الشكَّ في اشتغال الذمّه بالبدل وعدمه، ويكون الحاكم استصحاب عدم الضمان.

٢ - إنَّ ضمان التالف يبدله معلوم، إلّا أنّ الكلام في أن البدل هو... .

فإنما يريد: أنا لَمَّا نعلم بالإجمال بالضمان، فلا أصل يعين ضمان البدل الجعلي وهو المسمّى، أو البدل الحقيقي وهو المثل أو القيمه، حتّى يجرى أصاله عدم ضمان الآخر، فلا تجرى البراءه عن المثل أو القيمه. أو يريد: أنا لَمَّا نعلم إجمالاً بالضمان، فإنَّ أصاله عدم ضمان المسمّى تتعارض مع أصاله عدم ضمان البدل الحقيقي، وإذا تساقطا، فلا أصل يكون معارضاً لأصاله السِّلْطَنه.

وفي كلا الوجهين إشكال، وإن كان ظاهر بيان السيد وروده على أحدهما فقط، لعدم جريان أصاله السِّلْطَنه على كلّ تقدير، لأنَّ معنى جعل

ص: ٣٥٣

الشارع البديل - وهو المسمى أى العين الموجوده - كونها بدلاً عن الملك التالف بيد الآخر، لأنه قبل التلف صار ملكاً لمن تلف عنده آنأماً، فتكون العين الموجوده ملكاً للطرف بحكم الشارع، وحينئذٍ، فقول الشيخ بالمعارضه - بين أصاله عدم جعل الشارع العين الموجوده بدلاً، وأصاله عدم اشتغال الذمه بالمثل والقيمه، وأنهما يتساقطان وتبقى أصاله السلطنه بلا معارض - فيه:

إننا قد ذكرنا سابقاً أن الأصل بقاء الملكيه، والسلطنه من آثارها وأحكامها - وقد احتملنا أن يكون هذا مراد الشيخ من أصاله السلطنه - ومقتضى ذلك هو عدم كون هذا الموجود بدلاً مجعولاً من الشارع، لكن هذا الاستصحاب معارضٌ بأصاله عدم اشتغال الذمه بالمثل والقيمه، فيتساقطان، ولا يبقى موضوع لأصاله السلطنه.

وإن اريد من البديل الجعلى ما جعله المتعاطيان بدلاً، دار الأمر بين أن يكون الموجود بدلاً عن التالف أو يكون من تلف ما عنده مشغول الذمه بالمثل أو القيمه، وحينئذٍ نقول: إن بدليه هذا الموجود حاصله من المتعاملين، والشارع قد أمضى ذلك، ومع الشك نستصحب بدليه العين الموجوده، ونستصحب أيضاً الحاله السابقه لجعل المثل والقيمه بدلاً، وهى عدم البدليه، فالأصل كون العين الموجوده بدلاً، والأصل عدم اشتغال الذمه بالقيمه والمثل، فالأصلان يجريان ولا منافاه بينهما.

ولو تعبدنا بكون العين الموجوده هى البديل، فلا معنى للسلطنه، لأنها لا تجرى فى الملك المضمون به.

وتلخص: إنه إن كان المراد جعل الشارع، فلا- موضوع لأصاله السلطنه، وإن كان المراد جعل المتعاطيين، فلا مجرى لأصاله السلطنه.

فهذا الوجه لعدم اللزوم ساقط كذلك.

٣ - إن عموم «الناس مسلطون على أموالهم» يدل على السِّلْطَنَة على المال الموجود بأخذه، وعلى المال التالف بأخذ بدله الحقيقي وهو المثل أو القيمة. فتدبر.

أى: ومعه، لا مجال لجريان أصاله البراءة عن البديل، لأن القاعده دليل اجتهادى حاكم عليها، ولا معارض للقاعده، فلا لزوم.

وفيه: إن الموضوع فى الحديث هو «أموالهم» وهذه الإضافة مالكيه، وكلّ متلبس بالإضافه فهو ظاهر فى الفعلية، ففقه الحديث هو كون الناس مسلطين على أموالهم التى هى أموالهم بالفعل، فيكون ظرف السِّلْطَنَة هو ظرف الملكيه، فلا يعقل أن يقال: بأنّ الإنسان مسلط الآن على ما كان مالاً له سابقاً وهو تالف الآن، لأنّ الإضافة تنعدم بانعدام طرفها، والتالف ليس الآن مصداقاً ل«أموالهم»، وأما كونه مسلطاً الآن على بدل التالف، فهذا معناه أن يكون الحكم محققاً لموضوعه، وهذا باطل.

إذن، لا وجه للتمسك بعموم قاعده السِّلْطَنَة لوجوب البديل، ولعلّ الوجه فى الأمر بالتدبر.

والمختار: إن التلف مطلقاً مفيد للزوم، سواء على القول بالملك أو الإباحه، - إلأعلى قول صاحب الجواهر من قصدهما الإباحه من أول الأمر - لأن القدر المتيقن من دليل الجواز - وهو الإجماع - وجود العوضين.

قوله:

ولو كان أحد العوضين ديناً فى ذمّه أحد المتعاطيين ... .

أقول:

هذا الكلام مبنى على عدم لزوم صدور الفعل من الطرفين فى المعاطاه،

ص: ٣٥٥

وهذا هو الصحيح.

وأيضاً: فإنه إن كان من عليه الدين هو المشتري، فذاك يوجب، والمشتري بأخذه يقبل، وما في الذمّه هو الثمن، وإن كان العكس، بأن كان البائع هو الدّين، فالمبيع ما في الذمّه والذي يدفع خارجاً هو الثمن، فالمديون المشتري يعطى الثمن والبائع يأخذه والمبيع غير معطى، فأعطاء المديون الثمن قبول مقدّم وأخذ ذاك إيجاب، مؤخّر، فقول الشيخ: لو كان أحد العوضين ديناً، يراعى فيه أمران: أحدهما كفايه الفعل من طرفٍ واحد، والآخر كفايه القبول المقدّم والإيجاب المؤخّر.

قوله:

فعلى القول بالملك، يملكه من فى ذمّته فيسقط عنه، والظاهر أنه فى حكم التلف، لأن الساقط لا يعود.

أقول

كون الإنسان مالكا لِمَا فى ذمّته غير ممكن، إلّا أن يملكه فيسقط، نظير تملك الإنسان لأحد عموديه آنأما وانعتاقه عليه، وهذا يبتنى على أن البيع عبارته عن التمليك، بأن يكون حقيقته البيع تمليك العوضين، فإنه يملك آنأ فيسقط، بمعنى أنه غير معقول حدوداً وهو اعتبار عقلائي، وأما بقاء، فلا يعقل بل يسقط.

فيرد عليه الإشكال: بأنه لا يعقل أن يكون ثبوت الشىء علّه لسقوط نفسه؟

ولكن يمكن أن يقال: بأن لا حاجة إلى الإيراد بذلك، لأن البيع على من هو عليه إبراء وإسقاط، إذ التيقوط بحكم التلف فى إيجابه اللزوم من أول الأمر، فلا ملزم للقول بالملكيه آنأما ليرد عليه ما تقدّم.

ص: ٣٥٦

وقد علل رحمه الله كون هذا السيقوط في حكم التلف بأن: الساقط لا يعود، والسر في ذلك هو: إن عود الشيء ملازم لوحده، ووحدته مباينه لتخلل العدم، فإذا انعدم الشيء لم يكن العائد هو هو بل هو مثله.

قوله:

ويحتمل العود وهو ضعيف.

أقول:

قال السيد: بل لا وجه له.

لكن الإنصاف أنه يمكن توجيهه بوجهين: بأن يقال بأن الذمه عباره عن عهده الإنسان، وأي مانع من أن يعود إلى العهده مرّة اخرى ما خرج عنها؟ أو لأن وجود الحنطه - مثلاً - في الذمه اعتباري، وملكيته أيضاً اعتباري، فما كان وجوده وملكيته اعتبارياً لم لا يكون عائداً اعتباراً كذلك؟ والبرهان الذي ذكرناه يختص بالامور التكوينيّه.

إذن يحتمل العود.

لكنّه ضعيف، لأن قوام العهده مملوكيه الحنطه، فإذا زالت المملوكيه ارتفعت العهده، فلا تكون العهده أمراً منفصلاً عن مملوكيه الحنطه، حتى يقال بخروج الحنطه عن العهده ثم عودها إليها، فالوجه الأول ضعيف.

والوجه الثاني ضعيف كذلك، لأنه إذا فرضنا قابليّه الشيء للعود، فإنّ صرف القابليّه لا يكفي دليلاً على إثباته، فإن كان المثبت للعود الاعتباري هو جواز المعاطاه، فهذا دور، وإن كان غير الجواز، فما هو؟ وعلى الجملة، فلا دليل مثبت له، ومجرد الإمكان لا يكفي دليلاً.

وبعبارة اخرى: إن العهده ليست بأمر ثابت كان فيه شيء فخرج عنه ثم عاد إليه، بل العهده واعتبار الذمه بمشغوليتها بالدين، فإذا سقط الدين

ص: ٣٥٧



فلا ثبوت للذمه والعهد، لا حقيقه ولا اعتباراً.

فإن قلت: نعتبر ثبوت الدين بالفعل، فإنه بالفسخ يعود ويعتبر.

قلت: إن مفهوم العود هو أن يكون الشيء موجوداً فينتقل من مكانٍ إلى آخر، فاعتبار العود ملازم لاعتبار البقاء، إذ لا يتحقق مفهوم العود إلّامع بقاء الشيء، وإلّا كان حدوثاً جديداً، فلا بدّ من أن يقال بأن الدين الساقط باقٍ اعتباراً في ظرف السقوط ثم يعتبر عوده إلى الذمه، ولكنّ اعتباره باقياً في ظرف السقوط غير معقول.

فإن قلت: لم لا يكون كما لو فسخ أو استقال؟

قلت: بعد الفسخ والإقاله تتحقّق ملكيه جديده، لا أنه تعود الملكيه السابقه.

فإن قلت: لم لا يكون ما نحن فيه كذلك؟

قلت: لا مانع، لكن لا دليل.

فإن قلت: الدليل جواز المعاطاه.

قلت: إثبات إمكان العود بجواز المعاطاه يستلزم الدور، لأنّ الجواز متوقف على هذا الإمكان، فإن ثبت الإمكان من ناحيه الجواز فهذا دور.

فإن قلت: لم لا- يجرى الاستصحاب؟ إذ المعاطاه كانت جائزه ونشكّ بسبب سقوط الدين في ارتفاع الجواز ولزوم المعاطاه، فيستصحب الجواز، فيأخذ هذا العين الموجوده وذاك المماثل لما في الذمه.

قلت: أولاً- هذه المعاطاه مشكوك في جوازها من أول الأمر، فلا حاله متيقنه سابقه. وثانياً: الجواز الذي كان - على تقديره - جواز ردّ الشيء إلى الملك، وما في الذمه ليس له وجود خارجي ليعود بعد السقوط.

قوله:

والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحه. فافهم.

أقول:

يعنى: إن إباحه الدّين عباره اخرى عن سقوطه، وإذا صدق السّقوط كان بحكم التلف، والمقصود منها هو الإباحه الشرعيّه، فإنّ كان المراد إباحه الانتفاع فقط بالدين، فلا معنى للانتفاع بما فى الذمّه، وإنّ أراد إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك من البيع وغيره، فإن المفروض أنها إباحه، فلا مناص من الحكم ببطلان هذه المعاطاه.

أللّهم إلّا أن يقال: إن هذه الإباحه عباره اخرى عن الإسقاط، كما قال المحقق الخراسانى.

لكنّ هذا يحتاج إلى دليل.

وحينئذٍ، نبقى والأدلّه الدالّه على إباحه المعاطاه، فإنها تدلّ على ذلك فى كلّ موردٍ ممكن، وما نحن فيه لا تمكن الإباحه فيه.

فعلى القول بالإباحه لا مناص من البطلان.

لكنّا فى سعه، لأننا نقول بإفادتها الملك.

### نقل العينين أو احدهما؟

قوله:

ولو نقل العينان أو احدهما بعقدٍ لازم، فهو كالتلف على القول بالملك، لامتناع الترادّ. وكذا على القول بالإباحه إذا قلنا بإباحه التصرفات الناقله.

أقول

النقل إمّا يكون لأحدهما أو كليهما، وعلى كلّ إمّا بعقدٍ لازم أو جائز،

ص: ٣٥٩

وعلى الأوّل، فإن عادت العين بحدوث حق الفسخ - كما لو ظهر الغبن - أو بإقاله أو بإرث أو هبه أو ابتياع جديد أو بتقاص، وبالجملة، فالمراد العود الملكى، فما هو الحكم؟ وهل يجرى الاستصحاب؟

إن حصل النقل بناقل لازم، فعلى القول بالملك - وكذا على الإباحه بناءً على قيام دليل يجوز له التصرف الناقل - فهل الحكم هو اللزوم، أو الجواز، بأن يجوز الرجوع وأخذ البدل، أو التفصيل بين ما لو باع - مثلاً - أحدهما فالجواز وما لو باع كلاهما فاللزوم؟

التحقيق: أنه إن كان النقل الحاصل نقلاً ملكياً مطلقاً، فإنه يلتزم على كلا القولين بالملكيه آنأماً، فيكون مالكاً قبل النقل والعض الآخر ملك لمن هو بيده، وإلما يلزم اجتماع العوض والمعوض فى ملك الواحد، ووجه اللزوم هو: انتفاء موضوع جواز ترداد العينين المملوكين، بالخروج عن الملكيه بالنقل اللّازم.

فإن قلت: المراد من الجواز فى المعاطاه أن يثبت لكلّ منهما الحقّ فى استرجاع العين، فيكون النقل بمنزله جعل الخيار للأجنبى. وبعبارة اخرى:

إنه إذا نقل العين المتعلق بها حقّ للغير فقد باع ملكاً غير طلق، فالجواز مانع عن تحقّق موضوع العقد اللّازم.

قلت: إن الجواز - والإباحه - فى المعاطاه حكم وليس بحق، فالمراد منه جواز الترداد بحكم الشارع، فليست العين متعلقاً لحقّ الغير حتى لا تكون طلقاً.

قوله:

ولو عادت العين بفسخ، ففى جواز الترداد على القول بالملك لإمكانه، فيستصحب، وعدمه لأنّ المتيقّن من الترداد هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك

ص: ٣٦٠

مالكه، وجهان، أجودهما ذلك.

أقول:

أمّا لو عادت العين بابتیاع ونحوه، فمن الواضح عدم جواز الترادّ، لأنّها ملكیه جدیده بسببٍ جدید ولا ربط لها بالمعاطاه، لأنّ العين التي كانت موضوع الجواز هي التي تملّكت بالمعاطاه، وأمّا لو عادت بفسخ كخيار الغبن أو الإقاله، فيمكن أن يقال: بأنّ الفسخ عباره عن حلّ العقد، فالعوضان يرجعان إلى ما كانا عليه من الملكيه الأولى، ويكون الدّاخل في الملك بعد الخروج كأنّ لم يخرج، ويردّه: أن الفسخ إن كان مملّكاً - كما عليه جمع - فهذا تملّك جديد، نظير ما لو عادت بابتیاع ونحوه، وإلّا، فإن هذه الملكيه ليست الاولى، لأن الملكيه من الإضافات، وهي تشخّص بطرفها، فبمجرّد زوال الطرف تزول الإضافه، والذي قام الدليل على جواز الترادّ فيه هو الملكيه الاولى، والمفروض زوالها، فالحكم هو اللزوم.

قوله:

فالموضوع غير محرز في الاستصحاب.

أقول:

قال السيّد: لا شك في البقاء.

ويمكن تقريبه: بأنّ المعاطاه قد اقتضت جواز ترادّ العينين، ثم حصل المانع وهو النقل للمازم إلى الغير، فلمّا ارتفع المانع أثر المقتضى أثره.

فأجاب الشيخ: بأن الموضوع في حاله السّابقه المتيقّنه للجواز، والدليل عليه هو الإجماع، هو وجود العينين على الملكيه الأولى، فلمّا عادت العينان فقد عادتا إلى ملكيه مغايره للملكيه السّابقه، ولا - أقلّ من الشك، فالموضوع غير محرز في الاستصحاب، والمقتضى غير باقٍ حتى يؤثّر أثره

ص: ٣٤١

بعد ارتفاع المانع.

وبعبارة اخرى: هل الفسخ سبب للملكية الجديده كما يقول المشهور أولاً بل إنما يؤثر في رجوع العقد إلى حالته السابقة؟ فعلى القول الأول، لا يجرى الاستصحاب، وعلى القول الثانى يجرى إن احرز الموضوع، والشيخ يقول بعدم إحرازه، وهذا هو الصحيح.

قوله:

وكذا على القول بالإباحه، لأن التصرف الناقل يكشف...

أقول:

لأنّ المباح له قد حصل له الملكيه آنأماً قبل وقوع الناقل الملزم، وإذ فسخ فقد عاد إلى الملكيه قبل النقل، ولا دليل على كون هذه الملكيه جائزاً، فلا مجال لاستصحاب الجواز.

إلماً أنّ هنا شبهه هي: إن هذه الإباحه كانت شرعيّة مع قصدهما الملكيه، وهي إباحه معوضه، فهي من شئون المعاطاه، فيمكن استصحابها بعد الفسخ.

لكنّها تندفع: بأنّ جواز الترادّد قد كان بما هما مباحان، وبعد التملك آنأماً خرجا عن الجواز، فالموضوع غير محرز.

قوله:

نعم، لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول وإن كان مباحاً لغيره ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعده السلطنة جواز الترادّد...

أقول:

ليس المراد: أن الفسخ حلّ العقد من أصله فالملكيه من أول الأمر غير

ص: ٣٦٢

حاصله. وإن قيل بذلك، لأن الفسخ حلّه من حينه، فالملكه حاصله. هذا أوّلاً.

وثانياً: على فرض كونه من أصله، فليس بمعنى أنّه لم يكن له ملكاً حقيقةً من أوّل الأمر، وإنما هو تعبد، بمثابه أنه لم يكن بملك من الأوّل، فالملك حاصل حقيقةً، والتعبد من بعد بعدمه لا أثر له بالنسبه إلى ما تقدّم.

وثالثاً: لو سلّمنا عدم الملكيه من أوّل الأمر، كان لازمه أن نقول بأن الملكيه كانت مشروطه بعدم مجئ الفسخ بعد ذلك، والشرط المتأخر بلا وجه.

ورابعاً: لو كان معنى العبارة ذلك فقوله «بارتفاعه» غير صحيح، لأنه عدم لا ارتفاع. وأيضاً: قوله «عاد الملك» لا معنى له، لكونه حينئذٍ باقياً في ملك المالك الأوّل.

فالمعنى المذكور مردود بما ذكرناه، وغير منسجم مع عباراته.

بل يمكن أن يكون المراد: إن المباح له كان يجوز له البيع، فيكون إنشاؤه للبيع سبباً لأن يملك هو العين، ففي آن الإيجاب يكون مالكاً للعين، والمشتري في آن القبول يتلقّى الملكيه من المباح له المالك قبل آن القبول، ثم بعد الفسخ يرتفع السبب - وهو البيع - ويرتفع المسببان أى ملكيته هو وملكته المشتري، ويتحقّق جواز التراد.

وهل أنه مع ملكيته لما بيده بإيجابه البيع عليه، يبقى مالكاً لما أباحه للطرف الآخر، وإنما يضمن له المثل أو القيمة للعين التي تملكها من جهه أن بيعها بمنزله التلف، أو أنه بمجرد إيجابه للبيع والتملك يصير ذاك ملكاً للطرف الآخر؟ وجهان.

قوله:

وكذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقّف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحه التصرف

والإتلاف ويملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعه في الأمر الرابع.

أقول:

قد تقدّم هناك أنّ الذى يستظهر من جماعه - منهم قطب الدين والشهيد - فى باب بيع الغاصب: أن تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن والإذن فى إتلافه، يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً وأنه يملك الثمن بدفعه إليه، فليس للمالك إجازة هذا الشراء - قال الشيخ: - ويظهر أيضاً من محكّي المختلف... .

وفيما نحن فيه: المباح له يجوز له أن يبيع مال الغير من دون وكاله أو إذن ويتملك الثمن، فلو فسخ العقد رجع الثمن إلى المشتري والمبيع إلى المالك الأول وجاز التراد.

وحاصله: ثبوت جواز التراد فى هذين الوجهين.

قوله:

لكنّ الوجهين ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.

أقول:

وهو كما قال، أمّا ضعف الوجه الأول، فلأنه بالفسخ يرتفع ملكيه المشتري، ولا وجه لارتفاع ملكيه المباح له البائع. وأمّا ضعف الوجه الثانى، فلأنّ الشيخ يرى اعتبار دخول الثمن فى ملك من خرج عنه المثل.

قوله:

ولو كان الناقل عقداً جائزاً، لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه ولا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالتراد غير متحقق وتحصيله غير واجب.

أقول:

إنه لو كان لأحدهما الخيار بالذات، كخيار الحيوان - وثبوتة لكليهما

لا- للمشتري فقط غير بعيد - أو بالشرط، فإنه يسقط جواز التراد، لخروج الشيء بالبيع عن ملكه، لأن جواز التراد هو استرجاع المملوك بالتعاطي، فإذا باع ارتفع موضوع الجواز، وحينئذٍ، لم يكن لمالك العين الباقيه إلزام الناقل بالرجوع فيها ولا رجوعه بنفسه إلى عينه.

بل مقتضى الدقه أنه إذا أرجع البائع الملك إلى نفسه بالفسخ، فإنه لا يرجع جواز التراد، لأن هذه الملكيه الحاصله بالفسخ غير الملكيه السابقه التي حصلت بالمعاطاه.

قوله:

وكذا على القول بالإباحه، لكون المعارضه كاشفه عن سبق الملك.

أقول:

إن العقد التمليكي الجائز الذي يوقعه، إنما هو بعد تملكه قبل العقد، فالمباح له قد تملك فباع، فلو رجع بالفسخ فلا دليل على جواز التراد حينئذٍ، بل إن جواز التراد ساقط بسقوط موضوعه.

قوله:

نعم، لو كان غير معاوضه كالهبه، وقلنا بأن التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك... أتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الاخرى أو عودها... .

أقول:

لو كان العقد الجائز لا بعقد معاوضه كالهبه، فقد خرج الشيء عن ملك المالك، لكن الشيخ يرى جواز التراد بأن هذه الهبه إنما وقعت في مال الغير - ولم يتملك العين قبل الهبه - وللمالك حق الرجوع في الهبه، فإذا رجع عن الهبه لكون الشيء ملكاً له، تحقّق موضوع التراد في الرجوع عن المعاطاه.

هكذا نوضح كلام الشيخ، بأن يكون الرجوع في الهبه مقدمه للرجوع

ص: ٣٦٥



فى المعاطاه، لا أن بالرجوع عن الهبه يتحقق التراد.

هذا، وقد تقدم أن التراد رد كل منهما واسترداده فى الملكيه، فلا بد من المملوكيه والتراد من الطرفين، وهذا معقد الإجماع، فيتوجه عليه:

إن المالك ليس له حق الرجوع، لأن مقتضى الأدله أن الحق للواهب، فهل الواهب الذى له الحق مقيّد بكونه مالكا؟ فهنا ليس لأحدهما الرجوع، وإن كان مطلق الواهب، فالمباح له هو الذى يرجع لا المالك، فما ذكره الشيخ غير تام.

اللهم إلا أن يقال: المستفاد من الأدله ثبوت حق الرجوع فى الهبه للواهب المالك، ثم يدعى أن العله التامه لهذا الحق هو حيث المالكيه لا حيث الواهبيّه، وإذا كان كذلك فللمالك الرجوع وإن لم يكن هو الواهب.

ولا يخفى أنه تكلف وتعسف.

هذا أولاً.

وثانياً: قوله أن يرجع المالك يتحقق موضوع التراد.

فيه: إنه لئما يرجع المالك عن الهبه التى وقعت من المباح له، فإن العين ترجع إلى المالك على ما ذكره رحمه الله، ولكن ما الدليل على عود الإباحه التعبديّه الشرعيّه التى اعتبرها الشارع فى المعاطاه؟ إن جواز التراد قد جعله الشارع فى النقل والانتقال المعاطاتى، والحاصل بعد الهبه رجوع إلى الملكيه.

وثالثاً: إذا وهب المباح له، كانت هبته صحيحه مؤثّره فى الملكيه، وبذلك تخرج العين عن ملك المبيح، ولكن هل خرجت بالمجان أو بالعوض؟ إنه لم يكن خروجه مجاناً، بل الواقع فى مورد المعاطاه هو الإباحه الشرعيّه مع قصدهما الملك، فلو خرجت العين من يد المباح له بهبه إلى

ص: ٣٦٦

الشخص الثالث، فقد خرجت من ملك المبيح، ودخل في ملكه عوضاً عنها ما كان بيده ملكاً للمباح له الواهب، لكون الواهب ضامناً بهبته مال المبيح بالمسمى وإلا فبالمثل أو قيمه، وإذا أخذ المالك العوض لم يكن له استرداد العين الموهوبه إلى ملكه، وإلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض، فجواز الرجوع محال.

وتلخص: أنه إن كان العقد الناقل جائزاً غير معاضى، فالمعاطاه لازمه كالصوره السابقه.

### لو باع الفضول العين؟

قوله:

ولو باع العين ثالث فضولاً، فأجاز المالك الأول على القول بالملك، لم يبعد كون إجازته رجوعاً، كييعه وسائر تصرفاته الناقله.

أقول:

إنه بناءً على القول بالملك، لا إشكال في نفوذ إجازة المالك الثاني. أما إجازة الأول، فقال الشيخ: لم يبعد كونه رجوعاً كييعه. أى: إنه لو رجع عن المعاطاه فأجاز فلا إشكال، لأنها إجازة في ملكه.

إنما الكلام فيما لو أجاز من دون رجوع سابق، فقد يقال: إجازته لغو، إذ كان له حق الرجوع في المعاطاه، والإجازة لبيع الفضول إنما هي من المالك، وهذا ليس بمالك الآن، نعم، له الرجوع فيما ملكه، لكن الرجوع شيء والإجازة شيء آخر.

قلت: إن كان الإشكال من هذه الناحية، أمكن الجواب: بأن المفروض كون هذا الشخص الذى له الرجوع ملتفتاً إلى أنه ليس بمالك حتى يجيز، فإذا

ص: ٣٤٧

أجاز مع ذلك، دلت إجازته بالدلاله الالتزاميه على الرجوع قبلها ووقوعها في ملكه.

بل الإشكال هو: أنه في بيع الفضول يعتبر الإجازة من المالك، وهذا الشخص بإجازته يريد الرجوع فيما ملكه، فإجازته محققه للرجوع وتملكه، فإن كانت الإجازة في نفس الوقت منفضه لبيع الفضول، لزم أن تؤثر الإجازة أثرين متناقضين، هما كونه رجوعاً وتملكاً، وكونه خروجاً للمال عن ملكه. وبعبارة اخرى: يلزم أن يكون الرجوع مفيداً لملكه نفسه ولملكه المشتري من الفضول، وهذا غير ممكن، لأن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكاً في وقت واحد لمالكين اثنين.

لكن الشيخ جعل رجوعه كبيعه، والإنصاف هو الفرق، لأنه لو كان هو البائع، فإن كان يبعه بالإيجاب والقبول اللفظيين، كان الإيجاب منه محققاً لرجوعه وبقبول المشتري يتحقق البيع والملكيه له، فهما ملكيتان في وقت واحد، أمّا في البيع بالمعاطاه، فيتوقف على الاسترجاع من الطرف والإعطاء للمشتري، بأن يكون الاسترجاع رجوعاً والإعطاء بيعاً، لكن الإجازة أمر واحد وليس بمركب مثل البيع.

ويمكن الجواب: بأن أساس البحوث في المعاطاه هو الإنشاء، وهو يتحقق باللفظ أو الفعل، فإذن، لا أثر لتمليك الغير وإنشاء ملكيته للشيء في عالم الذهن، وعليه، فمن يجيز المعامله بقصد الرجوع ولا يريد العبث واللغو، يكون دخول الشيء في ملكه مسبباً عن إرادته، وأمّا تمليكه الغير فمسبب عن إجازته، فهنا علتان ومعلولان، وقد تحققت في وقتين، فكان القصد أولاً ثم كان التمليك والإخراج عن الملك.

فإن قلت: الإراده الباطنيه لا أثر لها، بل لا بد من الكاشف، وهو

الإنشاء لا غير.

قلت: إنه لا بد من الكاشف كما أشرنا من قبل، لكن لا- حازه في الإجازة والرجوع ونحوهما إلى خصوص الإنشاء، بل يكفي الكاشف كيفما كان.

وتلخص: أن الإجازة كاشفه عن الإرادة، وهي سبب الدخول في الملك، والإجازة سبب النقل إلى الغير، فلم يجتمع في آن واحد ضدان أو نقيضان.

فإن قلت: إن الإجازة متوقفه على ملكيه المجيز، وهي متوقفه على رجوعه، فلو كانت الإجازة رجوعاً، لزم الدور.

قلت: لا دور، لتعدد الحيثيه، لأن كون الإجازة رجوعاً يتوقف على حيثيه صدورها، لكن المتوقف على الرجوع هو تأثيرها، فذاك التوقف من حيث الوجود وهذا من حيث التأثير.

ويبقى الإشكال: بأن إرادته الرجوع تؤثر في عود الملك إلى المالك الأول، لوجود الكاشف، فمؤثره الإرادة مشروطه بمجئ الإجازة الكاشفه، فيكون الأثر في حين تحقق الشرط، فلا فعلية للرجوع إلا في زمان الإجازة، وزمانها هو زمان تأثير عقد الفضول، فيعود المحذور.

والجواب عنه - وهو دقيق - هو: إنه لا- مانع من تأثير الشيء الواحد أثرين بنحو المعية في مقام التأثير، وفيما نحن فيه، إنما يرد الإشكال لو كانت الملكيتان متحققتين معاً في الوجود، لكن الإجازة تؤثر أولاً في ملكيه المالك، وهي مقدمه بالتقدم الطبيعي على ملكيه المشتري، لوضوح أن ملكيه المالك شرط لملكيته، فهي متأخره عنها طبعاً.

قوله:

ولو أجاز المالك الثاني، نفذ بغير إشكال.

ص: ٣٤٩

أقول:

نعم، لا إشكال فيه، وهو واضح.

قوله:

وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة.

أقول:

أما إجازة المبيع، فلا ريب في تأثيرها، لأنه المالك، والمفروض بقاء العين في ملكه وكونه مباحاً عند الطرف. وأما إجازة المباح له، ففيها الإشكال، لكونه مباحاً له التصرف، ولم يتصرف التصرف الناقل، ولا تؤثر الإجازة منه لعدم كونه مالكاً.

نعم، يمكن أن يقال: إن واقع التصرف من المميز لا من المتصرف، لأن قوام البيع بالإجازة، وبعبارة أخرى: كما كان له إنشاء حقيقه البيع بلفظه، كذلك له إيجاد حقيقه البيع بالإجازة لبيع الفضول، فلا فرق بين الإجازة والإنشاء.

قوله:

ولكل منهما رده قبل إجازة الآخر.

أقول:

أما بناءً على القول بالملك، فلو ردّ المالك الثاني، فلا إشكال في تأثيره، لأنه قد ردّ بيعاً واقعاً في ملكه، وأما الأول، فلا يؤثر رده، لعدم كونه مالكاً.

نعم، يمكن أن يقال: إنه لما يردّ، فهو ملتفت إلى أنّ الردّ إنما يؤثر مع حقّ الإجازة، والإجازة إنما تؤثر مع المالكيه، وحينئذٍ، فلما يردّ، فلا بدّ من أنّه برده قصداً الرجوع عن المعاطاه وإعادته الملك إلى نفسه، ويكون رده مؤثراً، فإن تمّ هذا فهو، وإلا فلا وجه لتصحيح تأثير رده.

ص: ٣٧٠

وأما بناءً على الإباحه، فردّ المبيح لا إشكال فيه كما هو واضح، وأما ردّ المباح له، ففيه الإشكال المتقدم، إلّا أن يقال: كما أنّ المباح له أن يتصرّف بالتصرّف البيعي، كذلك له أن يمنع الغير عن البيع ورفعها، لأن رفع البيع نحو من أنحاء التصرف، فإنّ تمّ هذا فهو وإلّا فلا أثر لردّه.

قوله:

ولو رجع الأوّل فأجاز الثاني، فإنّ جعلنا الإجازة كاشفَةً لغا الرجوع، ويحتمل عدمه لأنّه رجوع قبل تصرّف الآخر فينفذ وتلغو الإجازة، وإنّ جعلناها ناقلةً لغت الإجازة قطعاً.

أقول:

للكشف أربعة أنحاء:

فتاره: حقيقي محض، حيث أن الفضول لمّا باع فقد أثر بيعه حين وقوعه، وليس للإجازة اللماحقه إلّا الكاشفيّه عن مؤثريه بيع الفضول، وحينئذٍ فلا فائده في الردّ والرجوع، لأنه إنّما يؤثّر في حال بقاء الملك على ملكه، والمفروض تأثير البيع وخروج الملك عن ملك المالك ودخوله في ملك المشتري، بل يكون الرجوع رجوعاً في ملك الغير، لأن موضوعه هو ملك المتعاطين، فالردّ لغو والإجازة تؤثّر في الكاشفيّه، فما أفاده الشيخ متين جداً.

وأخرى: أن تكون الإجازة المتأخّره في مؤثّره في صحّته عقد الفضول، بأن تكون الإجازة المتأخّره شرطاً للصحّته، سواء قلنا بأن المتأخّر بما هو متأخّر شرط، أو قلنا بأنّ الشرط هو التعقّب، على ما سيأتى في محله إن شاء الله.

وثالثه: الكشف الحكمي، بمعنى أن لا أثر للعقد في حينه، غير أن الشارع

ص: ٣٧١

قد تعبدنا بترتيب آثار الملكيه من حين العقد بعد الإجازة.

ورابعه: هو الكشف الانقلابي، فإنه من حين الإجازة يعتبر الملكيه من أول الأمر.

أمّا على القول بكون الكشف بنحو الشرط المتأخر أو الكشف الحكمي أو الانقلابي، فإنّ اللّازم القول بلغويّه إجازة الثاني وأنّ الرجوع مؤثّر، فإنه في الشرط المتأخر ما لم يتحقّق الشرط لا يحكم بتأثيره، فإذا رجع المالك الأول لم يبق مجالاً لرجوع الثاني لعدم كونه مالكاماً. وإن قلنا بأنه حكمي أو انقلابي فبالأولويّه، لأنّه ما لم يجر فلا أثر للعقد، فإذا جازت حكم الشارع أو انقلب، والمفروض أن المتعاطى قد رجع، وعليه، فالمجيز غير مالك ولا أثر لإجازة غيره.

هذا كلّ بناءً على الملك.

وأما بناءً على الإباحة - وإن قصدا التمليك - فباع ثالث فضولهُ المال المباح، فإن رجع المبيح في المعاطاه وأجاز المباح له، أثر الرجوع ولا- أثر للإجازة، لأنه بالرجوع قد خرج المال من تحت سلطنه المباح له، وهذا بناءً على الكشف الحقيقي واضح، وأما بناءً على النقل، فالإجازة لاغيه. وكذا بناءً على الكشف بنحو الشرط المتأخر أو الكشف الحكمي أو الانقلابي.

### لو امتزجت العينان أو احدهما

قوله:

ولو امتزجت العينان أو احدهما، سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد، ويحتمل الشركه وهو ضعيف. أمّا على القول بالإباحة، فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج....

ص: ٣٧٢

أقول: لا بد من تقديم امور:

الأول: المقصود من الامتراج هنا أن تكون الصور النوعية للأجزاء محفوظة ولا يختلط بعضها ببعض بسبب الامتراج، وأن لا يكون الامتراج سبباً لاستهلاك الأجزاء بحسب الحمل الشائع المتعارف.

والثاني: الامتراج يقع تارةً بين العينين، واخرى: بين ما أخذه وسائر أمواله، وثالثه: بين المأخوذ وملك شخصٍ ثالث، ورابعه: بينه وبين سائر أموال المعطى.

وسيظهر عدم امكان المساعدة مع الشيخ في أكثر الصور.

والثالث: إذا وقع الامتراج بين العينين، فهما شريكان على القول بالملك والقول بالإباحه، وعلى تقدير أن يمتزج ما كان في يد أحدهما مع مالٍ لثالث، فصاحب المال الممتزج شريك معه على القولين. وأما لو امتزج ما بيد الآخذ مع سائر أمواله، فلا شركه بناءً على الملك كما هو واضح، وبناءً على الإباحه، فالشركه حاصله. نعم، لو رجع المعطى، فهل تحصل الشركه أولاً؟ فذاك بحث آخر. وعلى العكس فالعكس، فإنه لو امتزج ما في يد الآخذ مع سائر أموال المعطى فلا شركه بناءً على الإباحه، وبناءً على الملك فالشركه.

والرابع: قد اختلفت الأنظار في حقيقه الشركه، هل هي الملكيه الواحده لمالكين مثلاً، فالملكيه الواحده قائمه باثنين، لكون الملكيه من الامور الاعتباريه، فتقبل القيام بأكثر من واحد، وأما على القول بكونها من مقوله الجده أو الإضافه كما توهم، فلا يعقل قيامها بموضوعين.

وهذا قول المشهور.

أو أنها ملكيتان والمملوك واحد، فلكلٍّ منهما ملكيه ناقصه بالنسبه إلى



المملوك الواحد، فإن حصل الإفراز، فلكلّ الملكيه التامه. وهذا قول آخر.

والمشهور على أنّ حقيقه الشركه هي: أن الشيء الواحد في حدّ نفسه قابلٌ للانقسام بحسب الكسور، فالملكيه واحده والمالك متعدّد وكذا المملوك وهو الكسور، فكأن للملكيه سنخين، استقلاليه وإشاعيه.

والخامس: الشركه الإشاعيه تارةً هي كذلك من أوّل الأمر، كما لو ورث جماعه المال الواحد، واخرى: تحصل الشركه بالامتزاج. وعلى الثانى:

فوجهان، إذ يحتمل أن تبقى الأجزاء الواقعيه على ملك صاحبها إلّا أنّ الامتياز بينها فى الخارج غير ممكن، أو أنها - كما عليه المشهور - تخرج عن الملكيه الاستقلاليه وتصير كلّها إشاعيه؟

والسادس: إن مورد الكلام المتعاطيان اللذان قصدا الملك، وقد قلنا بأن مقتضى العمومات كونه بيعاً ولازمًا، وأنّ القول بالإباحه والملك الجائر خلاف ما تدلّ عليه العمومات والإطلاقات.

وعليه، فعندنا أصلان أحدهما أصله الملك والآخر أصله اللزوم، وهما المرجع فى كلّ ما كان خارجاً عن القدر المتيقّن من دليل الإباحه أو الجواز.

وبعد:

لقد كان لكلّ من المتعاطيين ملك انفرادى استقلالى متعين فى الخارج، والقدر المتيقّن من جواز الترادّ أن يرجع العينان على ما كانا عليه من الأوصاف والملكيه، ولكن قد تغير الوصف بالامتزاج، وتبدلت الملكيه من الاستقلاليه إلى الاشتراكيه، فإذن: يمتنع الترادّ...

وأما على القول بالإباحه، فقد قال الشيخ ببقاء أصله السلطنه، وظاهره ثبوت الشركه فى جميع الصور الأربعة.

ولكنّ التحقيق: ثبوت الإباحه - على القول بها - فيما لو بقيت العينان

على ما هما عليه، ومع الامتزاج لا- بقاء كذلك، فالمرجع الأصلان المذكوران، إلّا في صورته امتزاج المأخوذ بمال المعطى، فيمكن الموافقة مع الشيخ فيها فقط.

### لو وقع التصرف المغير في العين؟

قوله:

ولو تصرف في العين تصرفاً مغيراً للصورة، كطحن الحنطة وفصل الثوب، فلا- لزوم على القول بالإباحه، وعلى القول بالملك، ففي اللزوم وجهان....

أقول:

إنّ الشيء غير تالف، والصورة النوعية محفوظة، والمال موجود عنده، غير أنّ هيئته الشيء قد تغيرت، فعلى القول بالإباحه يجوز الرجوع، وعلى القول بالملك، ففي اللزوم وجهان....

يعنى: إنّ جواز الترادّ كان ثابتاً قبل التصرف المغير، فيقع الشك على أثر التغير في بقائه، فهل يجرى الاستصحاب أولاً؟ وقد ذكر الشيخ: منشأ الإشكال: أن الموضوع في الاستصحاب عرفى أو حقيقى.

وقد حكى الشهيد الثانى عن بعض الأصحاب - فيما لو صبغ الثوب أو فصل - القول باللزوم، لامتناع الترادّ بسبب الأثر المتجدد.

فأقول: لو ملك الإنسان شيئاً بسبب من الأسباب، ثمّ تصرف فيه تصرفاً يوجب إزدياد قيمته، فلو كان للمالك الأول خياراً وأخذ به، أو كان هبةً فرجع، فإنه يكون شريكاً فى المائيه، كما عليه جماعه كالمحقق، وقيل باحتمال الشركه فى العين.

أمّا بناءً على أنّ المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه، فإنّ التغير إنّ سبب ازدياد

القيمه، حصلت الشركه فى المائيه، ولا- تراّد حينئذٍ، سواء كانت الشركه فى المائيه أو العين، وإن سبب النقص فى القيمه كان مضموناً، لأن المعاطاه كانت بنحو التضمين فى التصرفات ضماناً بالمسمى.

وأما بناءً على الإباحه، ففى إزدياد القيمه، الشركه، وفى نقصانها، الإباحه بالضمان كذلك.

وعلى كلّ تقدير، فالعوضان غير باقين على ما هما عليه، وقد تقدّم أنّ مقتضى العمومات والإطلاقات أنّ هذا بيع عرفى، غير أنّ الإجماع قد قام على الجواز أو الإباحه، إلّا أنه دليل منفصل مجمل، والقدر المتيقّن منه صورته بقاء العوضين بعينهما، والمفروض عدمه، وعليه، فلا إباحه أو ملك جائز، ويدلُّ عليه ما رواه جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام:

«فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً. فقال عليه السلام: إنّ كان الشئ قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ، يرجع بنقصان العين» (١).

فما ذهب إليه بعض الأصحاب - كما حكى الشهيد الثانى - هو المختار.

فسواء كان الموضوع حقيقياً أو عرفياً، لا يجرى الاستصحاب بالنظر إلى العمومات. وبعبارة اخرى: لا تصل النوبه إلى الأصل مع وجود الدليل.

### هل يوزن جواز الرجوع؟

قوله:

ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع فى مسأله المعاطاه نظير

ص: ٣٧٦

---

(١-١) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الرقم: ٣.

الفسخ في العقود اللّازمه حتى يورث بالموت ويسقط بالإسقاط... .

أقول:

لم يصرح بذلك من قبل، ولعلّه يريد قوله في مسأله اللّزوم بالتلف من أنّ جواز الرجوع من عوارض العوضين لا من عوارض العقد.

إنّ خيار الفسخ من الحقوق وله آثار، منها الانتقال بالإرث وقبوله للإسقاط، لكنّ جواز التراد حكم شرعى، فلا يقبل الإسقاط مطلقاً.

ولو قيل: بأن الرجوع في المعاطاه فسخ للعقد أيضاً، ولذا جاء في بعض العبارات في مسأله المعاطاه كلمه: يجوز الفسخ، فلم لا يكون الرجوع حقاً كذلك؟

قلنا: فرق بين حلّ العقد وفسخه بالخيار، وجواز تراذّ العوضين، فذاك يكون بالمطابقه، وهذا بالملازمه من جهه ارتفاع الموضوع به، فكلّما كان الفسخ فيه بالمطابقه فهو حق، وكلّما كان بالالتزام فهو حكم.

ولو شككنا في أن جواز الرجوع حكم أو حق، رجع الشك إلى حدوث آثار الحق، والأصل العدم.

فالحاصل: إن جواز الرجوع لا يورث بالموت ولا يسقط بالإسقاط مطلقاً، لأنه حكم، ولا يشمل النبويّ: «ما كان للميت من ملك أو حق فهو لوارثه» (1) ومع الشك، يستصحب عدم الانتقال وعدم السقوط بالإسقاط.

وبالجملة، فإنه لو لم يكن حكماً، فإن آثار الحق لا تترتب عليه.

قوله:

بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبه، وعلى القول بالإباحه نظير

ص: ٣٧٧

---

(١-١) رواه السيّد اليزدى عن النبى صلى الله عليه وآله مرسلًا بلفظ «ما ترك الميت من مالٍ...» حاشيه المكاسب ١ / ٤٠٣.

الرجوع في الطعام، بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني ... .

أقول:

أمّا على القول بالملك، فكذلك. أمّا على القول بالإباحه، ففيما ذكر نظر:

أمّا أولاً: فلأن لازم رجوع كلّ مالٍ مأخوذ بالمعاطاه إلى صاحبه بموت الآخذ، لأنّ المفروض كونه إباحه له، وقد مات، وليس هناك إباحه لورثته، فالتنظير بإباحه الطعام في غير محلّه، وهو خلاف السيره القطعيّه.

وأمّا ثانياً: فإن مفهوم الإناطه بالرضا الباطني عدم الإباحه مع الكراهه الباطنيّه، وهذا عجيب جدّاً، لأن هذه إباحه قام الإجماع ونحوه على شرعيّتها أو أنها إباحه من المتعاطيين في ضمن التملك منهما، فأمضاها الشارع دون التملك، فهي - على كلّ حال - إباحه تعبدية شرعيّه، ولا وجه لإناطتها بالرضا الباطني، ولو شك، فإنها تستصحب.

فما ذكره سهو من قلمه قطعاً.

قوله:

فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع ... .

أقول:

لأن جواز الرجوع حكم، والحكم لا - يورث، ولو شك فالأصل عدمه، كما لا جواز للرجوع في الطرف المقابل، بأن يرجع على الوارث، لأنه كان يجوز له الرجوع على الآخذ بالمعاطاه لا على الوارث المالك بالإرث، ولو شك، فالأصل عدم كذلك.

لكنّ مفهوم كلامه هو جواز رجوع الوارث، على القول بالإباحه.

وفيه: إنّها كانت إباحه معاوضيه، وقد تقدّم أن كلّاً من العينين مضمون بما يقابله، فلو أراد الرجوع اعتبر بقاؤهما على ما هما عليه، والحال أنه

ص: ٣٧٨

ليس كذلك.

ولا مجال للتمسك بقاعده السلطنة هنا، لما تقدّم من لزوم المعاطاة قبل الموت بالملكيه آنأما.

فالحق: عدم جواز رجوع الوارث، على كلا القولين.

### لو جنّ أحد المتعاطين؟

قوله:

ولو جنّ أحدهما... .

أقول:

وهذا أيضاً عجيب.

أمّا على القول بالملك، فإنّ الولي له حقّ التصرف في أموال المولّى عليه، وقد تقدّم أنّ جواز الرجوع ليس من الأموال بل هو حكم شرعى.

وأما على القول بالإباحه، فيمكن تقريبه: بأنّ المال الذى بيد المجنون للطرف المقابل، فللولى الرجوع - من باب الغبطه - فيأخذ المال من الطرف ويسلمه ملكه الذى بيد المجنون.

فقوله «على القولين» لا يمكن مساعدته عليه.

ص: ٣٧٩

### إشارة

قال الشيخ:

إن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيروره المعاطاه بيعاً بعد التلف أو معاوضه مستقله... .

أقول:

### هل تجرى الخيارات في المعاطاه؟

### إشارة

موضوع هذا التنبيه جريان الخيارات في المعاطاه وعدمه.

ولا يخفى: أن الخيار هو حلّ العقد، ونتيجته: رجوع كل من المالكين إلى ملك صاحبه، وهذا المعنى موجود في المعاطاه قبل مجئ شيء من الملزمات، فهو تحصيل للحاصل.

ولا يتوهم، جواز اجتماع سببين من أسباب الخيار في المورد الواحد، بأن يجوز التراد والخيار معاً، وذلك: لوضوح الفرق بين البابين، فهناك النتيجة غير حاصله، بخلاف ما نحن فيه، فإن جواز التراد موجود.

وما ذكره الشهيد الثاني مبنى على ما عليه المشهور من إفاده المعاطاه للإباحه، فللفقهاء فيها مسالك ثلاثه: أنها تفيد الملك الجائز، وأنها تفيد الإباحه وتلزم بالتلف ونحوه، وأنها بيع والملكيه - منوطه بالتلف ونحوه، كما في الصيرف والسلم، وهذا ما احتمله الشهيد الثاني واختاره المحقق الخراساني، وربما يظهر من بعض كلمات الشيخ.

ويقابل هذه الأقوال: القول بأنها معاوضه مستقله.

هذا، وقد قال الشهيد بالتفصيل:

أمّا خيار العيب والغبن، فأثبتهما، لأن أصله السّلامه في العوضين تقتضى عدم العيب، وأصله التساوى بينهما تقتضى عدم الغبن، وهذان الأصلان جاريان في كلّ عقدٍ من العقود.

وأمّا خيار الحيوان، مع تلف الثمن أو بعضه، فجريانه مشكل - أمّا مع تلف الحيوان، فلا خيار، بل المعامله باطله، لأنّ كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له -، إذ يحتمل أن تكون معاملةً مستقلّة أو بيعاً مع الخيار، وعلى الخيار، فهل هو من حين المعاطاه أو التلف؟

قال: اللهم إلّا أن يجعل المعاطاه جزء السّبب والتلف تمامه.

أى: فيكون نظير بيع الصّرف، حيث الإنشاء جزء السّبب والقبض في المجلس تمامه.

وأمّا خيار المجلس فقال بأنه منتف.

ولعلّه من جهه أنه قبل التلف لم يكن بيع، وبعده لا مجلس.

قوله:

وكيف كان، فالأقوى أنّها على القول بالإباحه بيع عرفيّ لم يصحّحه الشارع ولم يمضه إلّا... .

أقول:

إن من يرتّب الأثر على التلف من الفقهاء لا- يرتّبه من باب أن المعاطاه بيع، بل هو بلحاظ أنّ الإمضاء الشرعى للبيع المعاطاتى ليس إلّا بعد التلف.

ثم إنه ذكر المحكّى عن الشهيد الأوّل من أنّها معاوضه مستقلّة جائزه أو لازمه. أى بحسب حالتى المعاطاه، فهى ليست ببيع بل إباحه معوّضيه، فأورد عليه: بأنّه كيف تحصل الملكيه، بل عليكم أن تقولوا بأنّها إباحه حصل لها اللّزوم.

ص: ٣٨١



والتحقيق أن يقال:

بناءً على القول بالملك:

### في خيار المجلس بناءً على الملك

أمّا خيار المجلس، فلو وقع التلف في المجلس، فالخيار ثابت، لأنّ التلف وإن كان يقتضى لزوم، لكن وقوعه في المجلس واقتترانه بخياره يقتضى الخيار.

ولا يخفى أنّ هذا مبنّى على اختصاص قاعده «التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له ويوجب بطلان البيع» بخيار الحيوان والشّروط، إذ لا دليل على جريانها في غيرهما من الخيارات، لعدم الزمان إلّافيهما، فلو جرى في خيار المجلس أيضاً انحلال العقد، ولم يبق بيع حتّى يثبت فيه الخيار.

فإن قلت: إنّ المعاطاه تلزم بسبب التلف في المجلس ويرتفع جوازها، لكنّه لزوم يفيد الخيار، فيلزم من وجوده عدمه.

قلت: إنه بالتلف يرتفع جواز الترادّ وهو الجواز الحكمى، ويتحقّق بارتفاعه الجواز الحقي، ولا مانع من الالتزام بذلك.

ولو وقع التلف بعد المجلس، فقبل التلف فلا خيار، لوجود الترادّ، فهو تحصيل للحاصل، وبعده لا خيار لعدم المجلس.

### في خيار الحيوان بناءً على الملك

وأمّا خيار الحيوان، فقد يكون التالف هو الثمن، قبل الثلاثة أيام من حين المعاطاه أو بعدها، وقد يكون هو الحيوان، قبلها أو بعدها.

فإن تلف الثمن عند البائع في الثلاثة أيام، فما دام لم يتلف فلا خيار، وإذا

تلف لزمّت المعامله بالنسبه إلى البائع وللمشترى الخيار، وإن تلف بعدها فلا- خيار لهما، أمّا البائع، فواضح، وأمّا المشتري، فلمضىّ الثلاثة أيام.

وإن تلف الحيوان، فلا خيار أصلاً، لأنه إن كان بعد الثلاثة فواضح، وإن كان فيها، فالعقد باطل، لأن تلف المبيع في زمن الخيار ممن لا خيار له، فخيار الحيوان ليس إلّفى تلف الثمن في الثلاثة أيام، وهو للمشتري فقط.

### في خيار العيب والغبن بناءً على الملك

وأمّا خيار العيب والغبن، فإن كان التلف قبل ظهورهما، فلا- خيار أصلاً، وإن كان بعد ظهور العيب، فبناءً على عدم جريان القاعده في خيار العيب كما هو المتسالم عليه، فلا خيار للردّ وإنّما يثبت الخيار الأرشى، وأمّا خيار الغبن، فهو ثابت.

وأمّا خيار تأخير الثمن، فلا موضوع له في المعاطاه، كما لا يخفى.

وأمّا خيار الشرط، فتارةً هو: خيار تخلف الشرط، كأن يشترط شرطاً في زمن معيّن فلا- يتحقّق، فهنا يثبت الخيار بعد التلف. واخرى: يكون قد شرط خيار الفسخ إلى شهر مثلاً، فإنه إذا تلف في المدّه بطل العقد ولا موضوع للخيار.

ومما ذكرنا، يظهر الحكم في سائر الخيارات.

وهذا كلّ بناءً على القول بالملك.

وأمّا بناءً على القول بالإباحه الشرعيّه وإن قصدا البيع والتملك، فالتلف قد يكون سبباً لتحقق البيع، وقد لا يكون وتبقى الإباحه:

### في خيار المجلس بناءً على الإباحه

فأمّا خيار المجلس، فإن وقع التلف في المجلس لم يتحقّق البيع شرعاً،

وإذا كان التلف محققاً للبيع ووقع بعد المجلس، فلا خيار لعدم المجلس. إلا أن يقال: المعاطاه لم تكن بيع وقد وقع التلف في المجلس، فزمان تحقق التلف هو زمان تحقق البيع، فالخيار ثابت.

### في خيار الحيوان بناءً على الإباحه

وأما خيار الحيوان، فإن تلف الحيوان في الأيام الثلاثة وكان موجباً لتحقيق البيع، فهو يتحقق في آن التلف، وحينئذٍ ينحل العقد، لأن التلف في زمن الخيار، فيلزم من كونه بيعاً عدم كونه بيعاً، فلا يعقل ثبوت خيار الحيوان في هذه الصورة.

وأما بناءً على قول المشهور من أن المعاطاه تفيد الإباحه وتلزم وتحصل الملكيه بالتلف ونحوه، فلا يثبت شيء من الخيارات، لأن المفروض أن المعاطاه ليست بيعاً شرعياً، والتلف ونحوه ليس بيعاً بل هو سبب كسائر الأسباب من الإرث والحيازه وغيرهما.

وأما بناءً على قول الشيخ هنا، من أنها على القول بالإباحه بيع عرفي...

فنقول:

إنه ما لم يتحقق التصرف أو التلف، فلا ملكيه، وإذا تحقق أمضى الشارع بيعه المعاطاه، فيكون التلف الجزء الأخير للسبب التام، كما قال الشهيد الثاني، ففي آن التلف أو التصرف يتحقق البيع ويتم الموضوع لأحكامه، وعلى هذا:

ففي خيار الحيوان لا بد من التفصيل بين المشتري والبائع، وبين أن يكون المتمم للسبب هو التلف أو التصرف. فلو تصرف البائع في الثمن أو تلف عنده، ففي ذلك الحين يتحقق البيع المعاطاتي، وهو مبدء الثلاثة الأيام، فلو فسخ كان له بدل التالف.

ص: ٣٨٤

وأما إذا وقع التصرف أو التلف في الحيوان، فلا بد من التفصيل، لأنه إن كان التلف، فلا يعقل تمامية المعاطاه به، لوقوعه في زمن الخيار، فيلزم من إثبات البيعه به عدم البيعه، لأن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، فلا يعقل حدوث الخيار بالتلف، وإن كان الواقع في الحيوان هو التصرف الملزم من المشتري، ففي آن التصرف يتحقق مقتضى للخيار، ولكن خيار الحيوان يسقط بالتصرف، للنص (١)، فلا يمكن ثبوت الخيار بالتصرف، لأنه كلما كان رافعاً لشيء فوجوده قبله مانع عن حدوثه.

وفي خيار المجلس، إن كانا في المجلس ولا تصرف ولا تلف، فلا بيع حتى يثبت الخيار، وإن وقع في المجلس شيء من ذلك، فلا ريب في ثبوته. ولو انقضى المجلس ثم اجتمعا في مكان ووقع التلف أو التصرف في حال اجتماعهما، أشكل ثبوت الخيار، لعدم انطباق أدله خيار المجلس على هذا الاجتماع.

### في خيار الغبن والعيب على الإباحه

وفي خيار العيب، إن كان التلف أو التصرف قبل ظهوره أو بعده، فإنه بمجرد وقوع أحدهما يلزم البيع ولا رجوع، لكن يثبت الأرش.

وفي خيار الغبن، إن كان وقوع التلف أو التصرف قبل ظهوره، فإنه يثبت الخيار بظهوره، وإن كان بعده، فلا خيار على القول بفوريته، وهو ثابت على القول بعدمها.

وأما بقيه الخيارات، فالقاعدته الكليه هي: إن كل خيار كان التلف أو التصرف مسقطاً له، فلا حدوث له، وكل خيار لا يسقطه أحد الأمرين فالبيع محقق والخيار ثابت.

ص: ٣٨٥

هل العقد اللفظي الفاقد لبعض الشروط المعتبره - كالعربيته والماضويه وغيرهما - حكمه حكم المعامله المعاطاتيه، بأن يكون مفيداً للملكيه على القول بالملك والإباحه على القول بها، إلّا أنه غير لازم، بناءً على أنّ المعاطاه غير لازمه، إلّا إذا حصل شيء من الملزمات فيتحقّق الضمان بالعوض المسمّى؟

### هل حكم العقد الفاقد لبعض الشروط حكم المعاطاه؟

المحكّي عن المحقق والشهيد الثانيين وغيرهما: أن القول الفاقد لبعض الشروط معاطاه، ولعلّهم يريدون أنّه بمنزله المعاطاه وحكمه حكمها، وعليه، فكيف يجمع بين هذا الكلام وما اتّفقوا عليه من أنّ المعامله الفاسده لا يترتب عليها شيء ووجودها كالعدم؟

قال الشيخ:

فإن قلنا بعدم اشتراط اللّزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي - كما قويناه سابقاً... فلا إشكال في صيروره المعامله بذلك عقداً لازماً. وإن قلنا بمقاله المشهور من اعتبار امور زائده على اللفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاه مطلقاً، أو بشرط تحقّق قبض العين معه، أو لا يتحقّق به مطلقاً؟

أقول:

ينبغي تقديم مقدّمه فيها امور:

الأول: إنّ اللّزوم والجواز من عوارض العقد، وأمّا الشّرائط المتعلّقه بالعوضين أو المتعاقدين، فلا علاقه لها باللّزوم والجواز، بل لها ربط بعالم

الصحة والفساد، ففقدان شرائط اللزوم أمر، وفقدان شرائط العوضين مثلاً أمر آخر، اللهم إلاً أن يقال بكفايه الرضا المستكشف - ولو ضمناً - فيتعدى إلى المورد الفاقد لشرائط العوضين مثلاً.

وعلى الجملة، فإن موضوع البحث هنا هو العقد الفاقد لشرائط اللزوم، ولا دخل للامور الاخرى فى البحث.

والثانى: إن المعاوضه عباره عن جعل العوضيه، وجعل العوضيه أمرٌ وجعل الرخصه فى التصرف أمر آخر، والفرق بينهما واضح.

والثالث: التمليك وغيره من مضامين المعاملات امور إراديه قصديه، لكن لا الإراده الباطنيه، ولا هى مع إبرازها فى الخارج بأى نحو، بل هى إيجاد ما فى الضمير فى الخارج على النحو المعبر، المعبر عنه بالإنشاء، فهو يوجد مراده النفساني وينشؤه فى الخارج، وعليه، فالمناط هو المراد النفساني والجاعل له النفس الناطقه الإنسانيه، لكن مع الجعل خارجاً، فإن اعتبرنا اللفظ الخاص فهو، وإن قلنا بكفايه أى مبرز كان - كما عليه السيد رحمه الله - كفت المصافقه والكتابه والإشاره والإمضاء.

والرابع: المتعاملان، تارة: يقصدان التسبب إلى الاعتبار الشرعى للملكيه واللزوم، وهما يعتقدان بأن العقد الفاقد الذى أو جداه سبب لما يعتبره الشارع، وأخرى: هما غير ملتفتين إلى السببيه الشرعيه وعدمها، أو هما جاهلان بما يراه الشارع سبباً. وأما أن يوجد عقداً كذلك وينسبانه إلى الشارع مع العلم بعدم مشروعيتها، فبعيد جداً.

والخامس: إن الإنشاء بالقول الفاقد لبعض الشرائط، تارة: غير متعقب بوصول العوضين وإيصالهما، فهذا لا أثر له إلاً على قول الشهيد والمحقق الثانيين من أن القول الفاقد لبعض الشرائط وإن لم يكن عقداً لازماً إلاً أنه

معاطاه، فيكون لمثله اقتضاء التأثير، ولكل من الطرفين أن يتصدى لأن يتناول ما تقاولا عليه، وحينئذ يترتب عليه أحكام المعاطاه من الملزمات وغيرها، فلو نقل أحدهما الشيء قبل أن يتناوله بنقل لازم إلى ثالث لزم المعامله.

واخرى: يتحقق الوصول مع تراضيهما من دون إيصالٍ منهما.

وثالثه: يتحقق الوصول بغير رضاٍ منهما، كأن يكون قهراً عليهما وإجباراً لهما.

ورابعة: يتعقب بالإيصال بعنوان الجرى على مقتضى العقد.

وخامسة: يتحقق إنشاء التمليك ثم يتعقبه الإقباض والإيصال بقصد التمليك عملاً، احتياطاً أو تأكيداً للإنشاء القولى.

وسادسة: أن ينشئ العقد ثم يُقبض الشيء بداعى الإذن فى التصرف حتى لو كان العقد القولى فاسداً، مع علمه بفساد العقد أو جهله بذلك.

فالصورة ستة. نعم، تبقى صورته ما إذا تحقق الإيصال بلا عقدٍ لفظيٍّ مطلقاً ولا معاطاه من الطرفين، كدخول الحمام ووضع الفلوس فى كوز الحمامى، حيث لم يستبعد الشيخ أن يكون معاطاه، وسيأتى التحقيق فيها.

أمياً فى صورته عدم الإيصال والوصول، فقد قال المحقق والشهيد الثانين بكونه معاطاه. قال الأول: وإن كان غير ما قلناه يكون معاطاه (١): أى: إن نفس العقد الفاقد للشرائط يكون معاطاه مع الرضا بالتصرف، حتى لو جاء وأخذ ولم يكن إعطاء من الطرفين أصلاً. وفيه:

أولاً: إن المعاطاه مفاعله من العطاء، والمفروض عدم تحققه، فلذا عبرا بالمعاطاه، اللهم إلا أن يكون المراد أنه فى حكم المعاطاه، كما ذكرنا.

ص: ٣٨٨

وثانياً: الشرائط التي ذكرها هي الشرائط التي يذكرها الفقهاء للعقد المؤثر شرعاً، فلو لم تكن الشرائط فلا ملكية ولا إباحه. أما الملكية، فلعدم الشرائط، وأما الإباحه، فلعدم الشرائط، وأما الإباحه، فلعدم التسليط الخارجى حتى يكون متضمناً للإباحه المالكية، فبأى وجه يكون ترتب حكم المعاطاه.

وثالثاً: قوله مع الرضا بالتصرف. إن أراد الرضا الباطنى، فلا دليل على تأثيره، اللهم إلا من باب شاهد الحال، لكن هذا لا ربط له بالمعاطاه لأنها معاوضه، بحيث لو تحقق شيء من الملزمات ثبت الضمان بالمسمى، أما الرضا الباطنى المستكشف من شاهد الحال، فلا وجه لأن يكون معاطاه.

فالقول المذكور ساقط. اللهم إلا أن نتأوله بأن العقد الفاقد لبعض الشرائط تشمله العمومات، والمراد من الشرائط هي شرائط اللزوم، فإذا فقد بعضها أفاد العقد الملكية غير اللازمه، وهذا هو حكم المعاطاه.

لكن مقتضى العمومات المستدل بها على المعاطاه هو الملكية اللازمه، سواء تحقق الإيصال والوصول أو لم يتحقق.

وأما إذا تحقق العقد اللفظى الفاقد لبعض الشرائط، ثم حصل الإعطاء بداعى التمليك، إما تأكيداً للعقد اللفظى أو احتياطاً أو علم بأن الإنشاء اللفظى غير مؤثر، فهذا معاطاه بلا ريب.

وأما الإيصال بمقتضى الجرى على المعامله، أو الوصول بلا إيصال من الطرف بل قهراً عليه، ففي هاتين الصورتين قالوا: بالفساد، لعدم كونه مؤثراً فى الملكية والإيصال لم يكن برضى مستقل، فهو لغو، والوصول القهرى فاسد بالأولويه. قال الشيخ.

وهذان الوجهان ممّا لا اشكال فيه فى حرمه التصرف فى العوضين.

إلا أنّ ما ذهبوا إليه إنّما يصحّ فيما إذا كانت الشرائط شرائط للصحة، وأما



على القول بكونها شرائط اللزوم، فالصحيح هو القول بحصول الملكيه الجائزه فى الصوره الأولى من الصورتين.

وأما الصورتان الباقيتان:

بأن ينشئ العقد ثم يعطى العوض عن رضا لكن لا بالرضا العاملى، ومن دون قصد إنشاء تمليك به، ومن دون أن يكون الإعطاء جرياً على العقد، بل يعطى بقطع النظر عن العقد، فهو راضٍ حتى لو تُبّه على فساد العقد.

أو بأن ينشئ العقد ثم يصل العوض وهو راضٍ بذلك.

فالمفروض أن العقد فاقد للشرائط ولا- أثر له، والإيصال الحاصل لم يكن بقصد الإنشاء ولا جرياً على العقد، فإذن، لا يوجد الإنشاء لا- قولاً- ولا- فعلاً، لكن المعامله متقومه بالإنشاء كما هو معلوم، ومجرد الرضا لا يحقق المعامله، فمقتضى القاعده عدم تحققها.

قوله:

فإدخال هذا فى المعاطاه يتوقف على أمرين: الأول: كفايه هذا الرضا المركز فى النفس بل الرضا الشائى... الثانى: إنه لا يشترط فى المعاطاه إنشاء الإباحه أو التمليك بالقبض... بل يكفى وصول كل من العوضين إلى المالك الآخر... وفيه إشكال من أن ظاهر محل النزاع... ومن أن الظاهر أن عنوان التعاطى... وأن عمده الدليل على ذلك هى السيره... .

أقول:

قد ذكر الشيخ فى التنبيه الرابع أن مجرد الإباحه من المالك لا- يكفى لجواز التصرفات المتوقفه على الملك، فليس للمالك إباحه جميعها، فهل يقصد فيما نحن فيه التصرفات المتوقفه على الملك أيضاً؟

إنه إن لم تكن التصرفات المذكوره جائزه، فهذا لا صلّه له بالمعاطاه،

ص: ٣٩٠

لأنَّ القائلين بإفادتها الإباحه يقولون بجوازها، وقد ذكرنا أن مقتضى التحقيق بناءً على هذا القول، أن تكون المعاطاه مفيده للملكيه بشرط التلف أو التصرفات، وكلام الشيخ ناظر إلى هذا. وعلى الجملة، فهم يقولون بجواز التصرفات وأن المعاطاه تلزم بحصول واحدٍ منها.

وإن كان راضياً بذلك، فقد ذكر الشيخ - في التنبیه السابع - أن الرضا لا يكون مشرعاً، وعليه، فلا أثر للرّضا أصلاً، فكيف يقول هنا في آخر كلامه:

### هل يكفي وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا؟

فالمعيار في المعاطاه: وصول المالكين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف، وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحه.

اللهم إلمافي الموارد التي قامت السيره عليها وتم استكشاف رأى المعصوم بتلك السيره، فالمعاطاه متحققه فيها فقط، ولا يجوز التعدي عنها إلى غيرها، أخذاً بالقدر المتيقن من السيره.

والحاصل: أن ما قال «ليس ببعيد» بعيد جداً.

وتحرير الكلام في المقام:

إنَّ المعاطاه بين المالكين: جعل أحدهما عوضاً عن الآخر في جهه، وأما الإباحه في مقابل الإباحه، فإنها معاطاه بين الإباحين لا بين المالكين، وهذا إشكال آخر على كلام الشيخ رحمه الله، وقد تقدّم أن التمليك أمر إرادى ينشؤه الإنسان ويؤجده في الخارج، ويسمى إنشاءً لكونه ناشئاً من النفس، فإذا أنشأ فقد جعل المعاطاه بين المالكين في الملكيه، وعندنا أن هذا بيع عرفى والعمومات والإطلاقات شامله له، وأما الشرائط، فلا دليل على دخلها في إفاده الملكيه - بخلاف شرائط العوضين والمتعاقدين - وعليه، فلا وجه

للقول بفساد العقد الفاقد لبعض الشروط، بل العقد صحيح، فإن كانت دخيلة في لزومه، فالعقد الفاقد لبعضها جائز غير لازم وحكمه حكم المعاطاة، وإن لم يكن لها دخل في اللزوم، فما أنشأه بالقول مع وجدان شرائط العوضين والمتعاقدين بيع لازم. وعلى ما ذكرنا، فلا حاجة إلى الجمع بين كلمات المحقق والعلامة، وقول المحقق والشهيد الثانيين.

قوله:

وربما يجمع... فيقال:

أقول:

هذا الجمع من صاحب مفتاح الكرامه، وحاصله: إن من قال: بأن مثل هذه الصيغة حكمها حكم المعاطاة، قال بذلك فيما إذا كان الإقباض من باب الرضا المطلق، ومن قال: بأنه فاسد ولا يجوز التصرف في المأخوذ، قال بذلك فيما إذا أنشأ التمليك فاقداً للشرائط وكان إقباضه جرياً على مقتضى العقد.

وبعبارة أخرى: إن كان رضاه منوطاً بالعقد، فلا أثر له، وإن لم يكن منوطاً به، كان مؤثراً وبحكم المعاطاة.

قوله:

المفروض أن الصيغة الفاقده لبعض الشروط لا تتضمن إلا إنشاءً واحداً هو التمليك، ومن المعلوم أن هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك، والموجود بعده....

أقول:

هذا إشكال الشيخ على وجه الجمع المذكور.

ص: ٣٩٢

وبيانٍ أوفى: إنّ المفروض عندهم أنّ الشرائط دخيله في صحّته العقد، فلا أثر للعقد الفاقد لبعض الشرائط، لكن إنحلال إنشاء التمليك إلى إنشائين أحدهما التمليك والآخر الرضا بالتصرّف، غير معقول، على أن إنشاء الرضا بتصرف الغير فيما يملكه لغو.

وعلى الجملة، فإنّ الانشاء أمر بسيط، وليس بمركب، والإقباض رضا بالتصرّف، فإن كان رضياً بفعل نفسه حيث أوصل مال الغير إلى صاحبه، فهذا باطل، وإن كان إقباضه بقصد التمليك، فهو معاطاه خارجيه صحيحه قد اقترنت بعقد فاسد، ولا يضرّ بها اقترانها به، وإن كان إباحه في مقابل إباحه، فهذا ليس من المعاطاه في شيء ولا أثر له، كما تقدّم في التنبيه الرابع، وإن كان رضياً بالتصرّف بشاهد الحال، فيترتب عليه آثار الإباحه المجائيه ولا ربط له بالمعاطاه حتى تترتب عليه آثارها.

وتلخص: إن العقد فاسد، ولا أثر للإقباض الحاصل بعده أصلاً.

وقال المحقّق الخراساني: إنّ الصّيغه المفروضه وإن لم تتضمن إلّا إنشاءً واحداً، والمفروض فسادها، للإخلال ببعض ما اعتبر فيها، إلّا أنّ الصحّته والفساد لهما كان من الامور الإضافيه كما أشرنا إليه في بعض الحواشي السّابقه، كان فساد الصّيغه المنشأ بها التمليك بما هي عقد البيع، ولا يترتب عليها شيء ممّا يكون من آثار العقد، من اللّزوم وغيره، لا ينافي كونها معاطاه وداخله في المسأله التي تكون معركه الآراء وصحيحه بما هو بيع عند بعض وإباحه عند آخر، إلى غير ذلك من الأقوال فيها، والحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزل على أنه حكم اقتضائي لا فعلي، بمعنى أن قضيه فساده بما هو عقد ذلك لو لم يجيء في البين الحكم بصحّته بوجه آخر، أي بما هو بيع بغير العقد. وهذا أحسن ما يقال توفيقاً بين ما ذكر في

وخلصته: إن العقد الواقع فاسد من حيث العقديّ، وصحيح من حيث المعاطية، والضمان هو من باب الإقتضاء وعدم الضمان من حيث المعاطية.

وما ذكره في غايه البعد عن كلام القوم، فإنّ حكمهم بالفساد مطلق لا حيشي، وقولهم بالضمان هو بالفعل لا بمجرد الإقتضاء.

وبعد، فقد ذكرنا سابقاً أن التمليك أمر إرادى إلماً أنه يؤثر إذا أنشأه، فإن قلنا فى تحقق المعاطاه بكفايه إعطاء كل منهما ماله للآخر، فإنّ العقد اللفظى الفاقد للشرائط وإن كان فاسداً من حيث التأثير، إلماً أنه يكفى لأن يكون مبرزاً للإراداه النفسانيه للتمليك، فإذا تحقّق الإنشاء والإبراز لما فى الضمير والتعاطى فى الخارج، فقد تحقّقت المعاطاه، وهذا مراد المحقق والشهيد الثانيين، وحينئذ يكون الواقع معاطاه حقيقه لا بحكم المعاطاه كما تقدّم منّا.

وعلى الجملة، إنه لا- يعتبر فى المعاطاه آليه الفعل للإنشاء، بل المعتبر فيها أن تكون واجدهً للتعاطى والإنشاء، والمركب منهما محقق للمعاطاه، والمفروض تحقّق الأمرين فى هذه الصوره، فالمعاطاه محقّقه.

والحاصل: إنه فاسدٌ إن لم يكن التعاطى بعد الإنشاء أو كان الوصول قهرياً، وهو صحيح إن كان جامعاً للشرائط وإن لم يكن إيصال. أمّا لو وقع العقد الفاسد لفقد بعض الشرائط ولكن تحقّق الإيصال بعده، فقد تحقّقت المعاطاه.

وهكذا يتمّ الجمع بين القولين.

وهذا تمام الكلام فى المعاطاه.

انتهى الجزء الأوّل وسيتلوه الجزء الثانى.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.



مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
اصبهان  
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

